Der Maklervertrag, insbesondere das Problem der Identität und der Kausalität nach bürgerlichem Recht.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen,

vorgelegt von

Hermann Benken
Referendar aus Löningen in Oldenburg.

Approbiert am 11. Februar 1930.

Druck von Friedr. Schmücker, Löningen.

30.150

Referent: Univ.-Professor Dr. Locher.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern
in Dankbarkeit gewidmet!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549613_0058

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

Literatur-Verzeichnis 6

I. Die Geschichte des Maklervertrages (§ 1) 10

II. Die rechtliche Natur des Maklervertrages (§ 2) 12

III. Der Abschluß des Maklervertrages (§ 3) 17

IV. Die Pflichten des Maklers.
Die Treupflicht (§ 4) 22

V. Die Rechte des Maklers.
Der Anspruch des Maklers auf seinen Lohn (§ 5) 28
und dessen Voraussetzungen:

1. Das Zustandekommen des Hauptvertrages (§ 6) 32

2. Die Identität des in Auftrag gegebenen und des abgeschlossenen Hauptvertrages (§ 7) 40

3. Der Kausalzusammenhang zwischen der Tätigkeit des Maklers und dem Abschluß des Hauptvertrages (§ 8) 55

4. Die Kenntnis des Auftraggebers von der Vermittlertätigkeit des Maklers für den abgeschlossenen Hauptvertrag ist jedoch nicht erforderlich (§ 9) 65

Anlage A 74

Anlage B 75

Literatur-Verzeichnis.

Baaser: Der stillschweigende Maklervertrag nach bürgerlichem Recht. Ungedruckte Dissertation, Köln 1924.

Bondi: Besteht ein Anspruch auf Maklerlohn, wenn der vermittelte Vertrag durch eine vom Auftraggeber verübte arglistige Täuschung zustande gekommen und deshalb mit Erfolg angefochten ist? In L. Z. 1914 S. 1010 ff.

Brimer: Die Makelei. Ungedruckte Dissertation. Würzburg 1925.

Cahn: Der Makler eines vom Auftrage abweichenden Abschlusses in Recht und Handel 1927 S. 15 ff.

Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts. 10.—11. Auflage. Stuttgart 1923.

Crome: Partiarische Rechtsgeschäfte 1897.

Dannenberg: Der Maklervertrag mit Unwiderruflichkeitsklausel. Dissertation Greifswald 1919.

Dernburg: Das bürgerliche Recht. II. Band: Recht der Schuldverhältnisse. 4. Auflage, 1915.

D.J.Z. Deutsche Juristen-Zeitung.

D.Imm.Z. Deutsche Immobilien-Zeitung.

Doerr: Der Maklervertrag im Bürgerlichen Gesetzbuch in Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung 1905 Bd. 70, S. 620 ff.

Dogm. Jahrb. Dogmatisches Jahrbuch.

Dove-Meyerstein: Gutachten über Handelsgebräuche. Band I. Berlin 1907, Band II Berlin 1912.

Düringer-Hachenburg: Handelsgesetzbuch. Mannheim 1908.

Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Band, 2. Abteilung: Recht der Schuldverhältnisse, 18. bis 22. Auflage, Marburg 1923.

Fischer: Das Problem der Idendität und der Neuheit in Festgabe für Rudolf v. Ihering. Breslau 1892.

Gaus:	Der Zivilmakler. Dissertation. Leipzig 1903.
Gierke, O. v.,	Deutsches Privatrecht. III. Band: Schuldrecht München 1917.
Goldschmidt:	Ursprünge des Maklerrechts. Insbesondere: Sensal in Z.H.R. Band 28, S. 115 ff.
Groener:	Die Rechtstellung des Untermaklers. Dissertation. Greifswald 1919.
Grünhut:	Das Börsen- und Maklerrecht und seine Neugestaltung in Oesterreich. In Grünhut's Zeitschrift. Band II, S. 535 ff.
Gruchot:	Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
G.E.	Grundeigentum, das, Berlin.
G.W.	Grundstückswarte, die, Berlin.
Hausmann:	Die Verpflichtung des Maklers zur Erfüllung und seine Haftung aus dem Vertrage. Dissertation Heidelberg 1906.
Heymann:	Der Handelsmakler. In Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts. Band V, Abt. 1 S. 321 ff. Leipzig 1926. Zit.: Heymann.
Heymann:	In Dogm. Jahrb. Band 75, S. 408 ff.
Höchstr. R.:	Höchstrichterliche Rechtsprechung. Vereinigte Entscheidungssammlung; herausgegeben von Friedrichs, Feisenberger, Mugdan.
Höss:	Der Makler (ein Vergleich). Dissertation Erlangen 1913.
Jacusiel:	Das Recht der Agenten und Makler. Heft II: Das Recht der Makler. Berlin 1926.
Jacusiel:	Ueber die Maklerprovision .... in L. Z. 1914. S. 745 ff.
J.W.	Juristische Wochenschrift.
Karger:	Hypotheken-Abschlußprovision bei Nichtzustandekommen des Geschäftes in G. E. 1927 S. 930.
Kaufmann:	Handelsrechtliche Rechtsprechung.
Kohler:	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Band II, 1. Teil. 1. Auflage, Berlin 1906.
Kristeller:	Maklerlohn für Hypothekenvermittlung. In G. E. 1927 S. 245 f.
Kuhlenbeck:	Der Maklervertrag. In J. W. 1907 S. 34 ff.
Kuhne:	Der Maklervertrag nach geltendem Recht. Dissertation Leipzig 1908.

Lehmann:	Lehrbuch des Handelsrechts. 2. Auflage 1912.
Leyser:	Ein Vergleich zwischen Maklervertrag u. Werkvertrag. Dissertation Erlangen 1903.
Lotmar:	Der Arbeitsvertrag. Band I. Leipzig 1902. Band II Leipzig 1908.
L.Z.	Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht.
Mayer:	Rechte und Pflichten aus dem Maklervertrag. Dissertation Heidelberg 1912.
Meyerstein:	In Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht. Band 77, S. 244 ff.
Motive:	Zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Band II. Berlin 1888.
Oertmann:	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse. 5. Auflage. Berlin 1929.
O.L.G.	Entscheidung der Oberlandesgerichte.
Oppenheim:	Der Grundstücksvermittler in G. W. 1927 S. 113 f.
Planck:	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse. (Besonderer Teil) Band II, 2. Hälfte. 4. Auflage, Berlin 1928.
Protokolle:	Der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Band II. Berlin 1898.
Raff:	§ 654 B.G.B. in D. Imm. Z. 1929 S. 363 ff.
Recht:	Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand.
Reichel:	Die Maklerprovision. München 1913.
Reichel:	Provisionsanspruch des Nachweismaklers, wenn der Nachgewiesene sich erst später infolge fremder Einwirkung zum Kauf entschlossen hat. Im Recht 1916 S. 103 f.
Reuling:	Die Provisionsansprüche der Grundstücksvermittler. In Gruchots Beiträge, Band 40, S. 193 ff.
Riesenfeld:	Der Zivilmakler. In Gruchot, Band 36 S. 790 ff., Band 37, S. 257 ff., 530 ff.
Riezler:	Der Werkvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, Jena 1900.

R.G.	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
R.G.R.K.:	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts. 6. Auflage, Leipzig 1928.
de Roche:	Das Recht der Handelsmakler mit Berücksichtigung der Lehre vom Maklervertrag. Dissertation Heidelberg 1910.
Rosner:	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts über den Maklervertrag. Dissertation Erlangen 1912.
Rospatt:	Zwei Streitfragen des Maklervertrages in Gruchot Band 45, S. 546 ff.
Rudolph:	Die Pflichten des Maklers. Dissertation Marburg 1921.
Seuff. Arch.:	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Soergel:	Rechtsprechung (Jahrbuch des Zivilrechts).
Staub:	Kommentar zum Handelsgesetzbuch 12. bis 13. Auflage, Berlin und Leipzig 1926.
Staudinger:	Kommentar zum B.G.B. II. Band, Recht der Schuldverhältnisse. 3. Teil, 9. Auflage, Berlin 1929.
Strauß:	Unlautere Maklergeschäfte und ihre Bekämpfung in Recht und Wirtschaft 1913 S. 249 ff.
Vocke:	Die Beweislast beim Provisionsanspruch des Maklers. Dissertation Tübingen 1919.
Warneyer:	Jahrbuch der Entscheidungen, Ergänzungsband enthaltend die Rechtsprechung des Reichsgerichts. (Jahrgang 1908, 1912, 1918, 1919 und 1925).
Werneburg:	Der Hypotheken- und Grundstücksmakler-Vertrag im G. E. 1927 S. 181 f.
Wollstein:	Die rechtliche Stellung des Untermaklers nach dem B.G.B. Dissertation Greifswald 1918.
Woltersdorf:	Die rechtliche Natur des Maklervertrages. Dissertation Jena 1904.
Zeiler:	Maklervertrag, Dienstvertrag und Schenkung in Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1908 S. 395 ff.
Z. H. R.:	Goldschmidt; Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.

§ 1 Geschichte des Maklervertrages.

Das Bedürfnis, bei dem Abschlusse eines Geschäftes eine Mittelsperson zu haben, die einen geeigneten Gegenkontrahenten beschafft und mit diesem auf Grund ihrer besseren Sachkenntnis verhandelt, oder dem Abschließenden auch nur als Dolmetscher dient, oder aber von beiden Parteien als Vertrauensperson benutzt wird, bestand schon in frühester Zeit. Schon in den ältesten Zeiten waren solche Personen bekannt, die meistens mit dem Gastwirtsgewerbe in enger Verbindung standen. 1) Der orientalische Ursprung des heute noch gebräuchlichen Wortes „Sensale" weist darauf hin, daß auch im Orient das Maklergewerbe bekannt war und benutzt wurde. Auch hier hat es seinen Ursprung aus dem Gasthandel (Fremdenverkehr) und dem damit verbundenen Dolmetschertum. 2)

„Proxenoi" nannten die Griechen die Makler, die, meist angesehene Bürger, die fremden Kaufleute aufnahmen und ihre Interessen vertraten. Aehnlich spricht das römische Recht von „proxenetae" 3) und zeigt, daß es im alten Rom eine zahlreiche Maklerschaft gab, die auch über eigene Büros (officinae) verfügte und alle erdenklichen Geschäfte vermittelte. Das mandatum und die locatio conductio waren auf den Maklervertrag nicht anwendbar; dem Makler war vielmehr nur eine extraordinaria cognitio zur Erlangung seines proxeneticum zuerkannt. 4) Der rechtsprechende Magistrat konnte hier ohne Rücksicht auf die Vereinbarung den Maklerlohn festsetzen und dem Makler einen nach den Umständen billigen und angemessenen Lohn zuerkennen.

Während nun das Maklergewerbe im römischen Recht frei war, bildeten sich im Mittelalter besondere Maklerzünfte. Der Maklerberuf nahm oft sogar einen amtlichen Charakter an und nur die amtlich anerkannten Makler 5) durften Vermittlungsgeschäfte betreiben, wogegen den sogenannten Pfusch- und Winkelmaklern die Vermittlungstätigkeit bei Strafe untersagt war. Vermittelten sie gleichwohl, so hatte dies die Bestrafung der Auftraggeber und die Ungültigkeit des Hauptvertrages zur Folge.

---

1) Vergleich zu folgendem Heymann S. 322.

2) Goldschmidt: S. 130.

3) L. 1—3 D. de proxeneticis 50, 14.

4) Riesenfeld: in Gruchot Band 37 S. 60.

5) Makler stammt aus dem Niederländischen: makelaer von maken = machen, vgl. Goldschmidt S. 119.

Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch (Artikel 66 ff) kannte amtliche und private Handelsmakler. Die amtlichen Handelsmakler waren Beamte, keine Kaufleute und hatten besondere Rechte und Pflichten, während die privaten Makler Kaufmannseigenschaften besaßen und bezüglich ihrer Rechte und Pflichten im allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch keine nähere Regelung fanden. Den amtlichen Maklern war u. a. der Selbsteintritt versagt und so kam es, daß sie immer mehr an Bedeutung verloren. Die Kaufleute schlossen nicht mehr ihre Geschäfte am Orte, sondern sie bedienten sich des Telefons und des Telegraphs und waren auf schnell entschlossene Vermittler, die eventl. auch selbst einspringen konnten, angewiesen. So wandte man sich immer mehr an die privaten Handelsmakler, während die amtlichen Makler nur noch ihre Tätigkeit an der Börse ausübten, wo sie eben nicht zu entbehren waren. Das Börsengesetz von 1896 schaffte daher die vereidigten Börsenmakler ab und bildete ein neues Institut der Kursmakler, die auch vereidigt und prinzipiell durch das Verbot des Eigenhandels beschränkt waren. Das revidierte Handelsgesetzbuch von 1897 beseitigte dann endlich den amtlichen vereidigten Makler der alten Art 6) und erfüllte damit einen lange vorgetragenen Wunsch der Praxis und der Wissenschaft. 7)

Das neue Handelsgesetzbuch hat dann den amtlichen Makler gar nicht mehr erwähnt, vielmehr nur die Rechtsverhältnisse des Handels- während sich das B.G.B in den §§ 652 ff. maklers (§§ 93 ff) geregelt, nur mit dem Zivilmakler 8) befaßt. Die Vorschriften des B.G.B. sind also zunächst anwendbar auf alle Maklerverträge, die nicht von gewerbsmäßigen Vermittlern abgeschlossen sind und die sich nicht auf die Vermittlung von Verträgen über Gegenstände des Handelsgewerbes der im § 93 H.G.B. näher bezeichneten Art beziehen. Als besondere Art der nicht unter die Regelung des Handelsgesetzbuchs fallenden Verträge führt § 93 H.G.B. ausdrücklich den Handel mit Grundstücken auf. Natürlich gelten die Vorschriften des B.G.B. auf alle Maklerverträge ausnahmslos, soweit ihnen nicht die Bestimmungen des H.G.B. entgegenstehen und soweit sie nicht mit Rücksicht auf die besondere wirtschaftliche Stellung des Handelsmaklers ausgeschlossen erscheinen. 9)

Dies bedeutet, daß die Regeln, die die Fragen der Identität und der Kausalität, die den Hauptgegenstand unserer Arbeit bilden, betreffen, in gleicher Weise auf den Handelsmakler wie auf den Zivilmakler Anwendung finden.

---

6) Heymann: S. 342.

7) Grünhut: S. 555.

8) Der Begründer dieser Bezeichnung ist Riesenfeld (vgl. Gruchot Band 36 S. 790 ff).

9) R. G. Band 101, S. 210, J. W. 1921 S. 526, Planck, Vorbemerkung III 3 zu § 652.

§ 2. Die rechtliche Natur des Maklervertrages.

Die Regelung, die der Maklervertrag in den §§ 652 ff B.G.B. erfahren hat, ist nur sehr dürftig und läßt der alten Streitfrage nach der rechtlichen Natur des Maklervertrages immer noch Platz.

Der Maklervertrag ist zunächst ein Vertrag. Der Auftraggeber verpflichtet sich dadurch, dem Makler für eine erfolgreiche Tätigkeit einen Lohn zu zahlen. Es handelt sich nicht etwa um eine einseitige Verpflichtungserklärung, wie bei der Auslobung, sodaß es einer Annahme der Erklärung des Auftraggebers gar nicht bedürfe und der einzige Unterschied darin bestände, daß sich der Auslobende an die Allgemeinheit, der Auftraggeber nach § 652 B.G.B. aber an einen Bestimmten wendet. Diese Ansicht, die schon aus dem Gesetzbuch, das in der Ueberschrift der §§ 652 ff. ausdrücklich vom „Maklervertrag" redet, widerlegt wird, ist heute auch kaum noch vertreten. Gewiß besteht eine weitgehende Aehnlichkeit zwischen dem Maklervertrag und der Auslobung. Mehr behauptet auch Reuling 10) nicht, der selbst vom Makler v e r t r a g spricht und den Vertragscharakter betont.

Im Uebrigen haben sich über die Vertragsnatur des Maklervertrages drei Ansichten gebildet:

Nach der ersten Ansicht 11) ist der Maklervertrag ein gegenseitiger Vertrag, der auf der einen Seite die Pflicht zum Tätigwerden im Interesse des Auftraggebers und auf der anderen Seite die Pflicht zur Lohnzahlung begründet. Auf ihn sind also auch die §§ 320 ff. B.G.B. anwendbar. Ein Teil der Schriftsteller nimmt auch lediglich eine Treupflicht des Maklers, aber gleichwohl einen gegenseitigen Vertrag an.

Nach einer anderen Ansicht 12) kommt es darauf an, welchen Inhalt der jeweilige Maklervertrag hat. Darnach ist in jedem konkreten Falle zu untersuchen, ob ein gegenseitiger oder ein einseitig verpflichtender Vertrag vorliegt.

Die dritte Ansicht 13) steht auf dem Standpunkt, daß immer ein unvollkommen zweiseitiger Vertrag vorliege, der dem Makler nur Pflichten, insbesondere die Treupflicht auferlege, wenn und soweit der Makler für den Auftraggeber tätig sei.

---

10) In Gruchot Band 40 S. 207 f.; vgl. dagegen Gaus: S. 70, Heymann: S. 360.

11) Dernburg: S. 592, Lotmar I, S. 283, Kuhlenbeck: S. 34, Crome: S. 417 f., Heymann: S. 360, Woltersdorf: S. 60.

12) Enneccerus: S. 461/62.

13.) Dannenberg: S. 25 ff., Rudolph: S. 10 ff.

Die Vertreter der ersten Ansicht stützen diese einmal darauf, daß dem Makler entgegen der Regelung im römischen Recht ein Klaganspruch auf den verdienten Lohn gegeben und daß es daher unbillig sei, dem Auftraggeber einen klagbaren Anspruch auf die Tätigkeit des Maklers zu versagen. Daß dieser Anspruch kaum praktischen Erfolg habe, da er nicht genügend substanziert, auf jeden Fall das Urteil aber nicht vollstreckt werden könne, und daß auch eine erzwungene Vermittlertätigkeit für den Auftraggeber keinen Wert habe, geben auch die Vertreter dieser Ansicht zu. 14)

Ein Anspruch, der prozessual nicht durchsetzbar ist, ist aber praktisch wertlos. Argumente der Billigkeit, die die Gewährung eines solchen Anspruchs rechtfertigen sollen, können also gewiß nicht herangezogen werden. Im Uebrigen spricht auch die Billigkeit geradezu dagegen. § 652 B.G.B. gibt dem Makler nur einen Anspruch auf Lohn, wenn seine Tätigkeit Erfolg gehabt hat und wenn ferner die Potestativbedingung eingetreten ist, daß nämlich der Auftraggeber den Hauptvertrag abgeschlossen hat. Bestehen diese Voraussetzungen nicht, so kann der Makler nicht einmal seine Aufwendungen ersetzt verlangen. Und selbst wenn er sich redliche Mühe gegeben hat, vom Glück begünstigt wurde und seinem Auftraggeber den solventesten Kaufliebhaber zuführt, der den verlangten Preis gern zahlen will, so muß er immer noch gewärtig sein, daß der Auftraggeber sich zu dem Verkaufe nicht bereit erklärt, vielleicht weil er den Auftrag an den Makler in einer Laune des Augenblicks gab und sich längst wieder entschlossen hat, das Verkaufsobjekt zu behalten. Ist es da nicht im äußersten Maße unbillig, dem Makler die Pflicht aufzuerlegen, unbedingt tätig zu werden? Man hat weiter gesagt, daß der Auftraggeber sich meistens auf die Tätigkeit des Maklers verlasse und daß er — der Auftraggeber — auch oft Unterlagen gebe, damit der Makler die notwendigen Verhandlungen besser führen könne, daß also der Auftraggeber auch die Gewißheit haben müsse, der Makler werde in seinem Interesse tätig sein. Demgegenüber muß man der Ansicht sein, daß die Aussicht auf den Lohn dem Makler ein genügender Ansporn zu Bemühungen im Interesse des Auftraggebers sein wird. Eine Treupflicht des Maklers nehme aber auch ich an und gegen die Verletzung dieser Treupflicht kann sich der Auftraggeber mit der Schadenersatzklage wehren.

Eine weitere Schwierigkeit besteht darin, daß sich die Pflicht des Maklers zur Tätigkeit kaum umgrenzen läßt. Man hat sich da etwa mit folgender allgemeinen Formel geholfen: „Der Makler hat alles zu tun, was ein guter Makler in dem betreffenden Falle tun würde. Ob er dies tut, kann nur mit Bezug auf den konkreten Fall bestimmt werden, wobei dann Treu und Glauben und die Verkehrssitte gebührend zu berücksichtigen sind". 15) Diese Abgrenzung ist nicht brauch-

---

14) Dernburg: S. 592, Crome: S. 418 (vgl. auch Jacusiel: S. 51 und Riezler S. 91).

15) Hausmann: S. 27.

bar, weil sie zu allgemein, das Gebiet der Maklertätigkeit zu umfangreich und vielgestaltig ist, und für gefährlich, weil sie zur Vermehrung der ohne dies schon übergroßen Zahl von Maklerprozessen beitragen würde.

Beim Dienstvertrag (§ 611 B.G.B.) und beim Werkvertrag (§ 631 B.G.B.) ist die Pflicht des mit der Dienstleistung oder der Herstellung des Werkes Betrauten ausdrücklich anerkannt und näher umschrieben. Beim Maklervertrag finden wir aber keine solche Bestimmung. Auch der Umstand, daß der Makler ohne weiteres nicht einmal den Ersatz seiner Aufwendungen verlangen kann (§ 652 Abs. 2 B.G.B.) weist darauf hin, daß er nicht zur Tätigkeit verpflichtet ist. Denn den Ersatz seiner Aufwendungen kann der „Beauftragte" in allen verwandten Fällen zum mindesten verlangen. 16) Es wird auf die Vorschriften über den Auftrag (§ 670 B.G.B.), über die Leihe (§ 601 Abs. 2 B.G.B.) und auf die Regelung beim entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrage (§ 675 B.G.B.) verwiesen.

Mithin ergibt sich, daß eine Tätigkeitspflicht des Maklers nicht besteht und daß sich die Vertragsnatur als die eines gegenseitigen Vertrages aus dieser Pflicht also nicht ableiten läßt.

Nun hat man aber behauptet 17), daß dem Makler zu mindest eine Treupflicht 18) obliege und zwar auch dann, wenn er gar nicht tätig werde. Aus diesem Grunde aber sei der Maklervertrag ein gegenseitiger Vertrag.

Dieser Ansicht ist zuzustimmen und zwar aus folgenden Gründen:

Es ist oben gezeigt worden, daß der Makler nicht verpflichtet ist, tätig zu werden. Andererseits aber darf er die Interessen seines Auftraggebers nicht schädigen. Er ist insbesondere zur Diskretion verpflichtet. Wenn z. B. ein großes öffentliches Unternehmen in einer bestimmten Lage der Stadt Grundstücke zu erwerben sucht, so darf der beauftragte Makler diese Absicht gewiß nicht verlauten lassen. Denn die Folge würde ein scharfes Anziehen der betreffenden Grundstückspreise sein. 19) Könnte der Makler in der Art ungestraft die Interessen des Auftraggebers verletzen, so hätte der Maklervertrag Sinn und Zweck verloren. Die Deliktsklage, mit der manche 20) in solchen Fällen helfen wollen, ist jedenfalls durchaus unzureichend und würde nur die schwersten Fälle treffen. Der Makler darf auch den Kaufabschluß nicht vereiteln, wenn sich ohne sein Zutun ein Kauflustiger meldet. Allerdings ist ihm nicht schon zum Vorwurf zu machen, wenn er dem Kaufliebhaber mehrere Objekte angibt. Und wenn schließlich der Makler

16) Dannenberg: S. 21.

17) Mayer: S. 41, Heymann: S. 361, Rospatt: S. 548.

18) Mayer: (S. 42) meint, daß der Makler auf Grund der Treupflicht oft zum Tätigwerden verpflichtet sei.

19) Mayer: S. 41.

20) z. B. Gaus: S. 34 ff.

alles zur Erlangung seiner Provision Nötige getan hat, der Nachweismakler also einen geeigneten Käufer nachgewiesen hat, so darf er auch nicht nachher noch dem Kaufabschlusse entgegenwirken. 21)

Das sind alles Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben und zum Teil im B.G.B. ausdrücklich anerkannt sind (vgl. § 654 B.G.B.)

Das Gesetz spricht ferner von Maklerlohn und deutet darauf hin, daß es in der Provision das Entgelt für die Leistungen des Maklers sieht. Die Leistungen des Maklers nennt das Gesetz eine ihm „übertragene" Leistung (§§ 652, 653 B.G.B.).

Es ist also mit der herrschenden Meinung 22) im Maklervertrag ein gegenseitiger Vertrag zu erblicken, der als Hauptverbindlichkeit auf der einen Seite die Treupflicht, auf der anderen Seite die Pflicht zur Lohnzahlung auslöst. Allerdings ist zuzugeben, daß der Maklervertrag an sich ein sehr loses Gefüge hat und daß er erst durch die Leistung des Maklers festere Formen erhält.

Die Ansicht von Enneccerus 23) ist mithin abzulehnen, daß nämlich der Maklervertrag ein einseitiger oder gegenseitiger Vertrag sei, je nach dem jeweiligen Inhalt der Abmachung. Gewiß ist es durchaus möglich, daß der Makler auch eine Pflicht übernimmt, tätig zu werden, ohne daß dadurch das Wesen des Vertrages geändert werde. 24). Die Treupflicht ist aber in jedem Falle gegeben, und darum ist der Maklervertrag in jedem Falle ein gegenseitiger Vertrag.

Gegen die Annahme, daß es sich um einen unvollkommen zweiseitigen Vertrag 25) handle, spricht, daß der Makler nicht nur verpflichtet ist, wenn und soweit er handelt, Diskretion zu wahren und seiner Treupflicht zu genügen, sondern er ist zur Treupflicht auch verpflichtet, wenn er gar nichts tut und diese Pflicht ist das Aequivalent für die Zusage des Lohnes unter bestimmten Umständen.

Der Maklervertrag ist ein Vertrag eigener Art. Das B.G.B. hat durch Einräumung eines besonderen 8. Titels im 7. Abschnitt die besondere Natur des Maklervertrages zu erkennen gegeben. In der Tat weist auch der Maklervertrag zu allen Vertragsarten, denen man ihn unterordnen wollte, sehr wichtige Verschiedenheiten auf.

---

21) O.L.G. Band VI, S. 87, R. G. in Seuff. Arch. Band 56, S. 42 und 127.

22) Vgl. Staudinger Vorbem. 6 zu § 652 und die dort Aufgeführten. Ferner R. G. in Seuff. Arch. Band 57 S. 394, O.L.G. Colmar in D.J.Z. 1903 S. 60..

23) S. 461.

24) Oertmann Vorbemerkung 3a zu § 652 B.G.B. a. A.: Riesenfeld in Gruchot Band 37 S. 847.

25) Ueber das Wesen eines solchen Vertrages vgl. Enneccerus S. 88 f.

Von der Auslobung unterscheidet er sich dadurch, daß er, anders als diese, ein gegenseitiger Vertrag ist. Vom Werkvertrag 26) wird er dadurch abgegrenzt, daß der Makler nicht einen Erfolg verspricht, auch gar nicht versprechen kann, weil der Erfolg ja von dem freien Willen des Auftraggebers abhängt, der abschließen oder seine Zustimmung verweigern kann, wann er will, vom Dienstvertrag dadurch, daß sich der Makler nicht zur Leistung von Diensten verpflichtet und daß er nicht für seine etwaigen Dienste, sondern für den Erfolg seiner Arbeit entlohnt wird. Seine Arbeitsleistung kann ein Minimum von Kraftaufwendung bedeuten und doch kann sein Lohn im einzelnen Falle außerordentlich groß sein. Anderseits kann er an sich sehr wertvolle Dienste, die große persönliche Fähigkeiten und Fachkenntnisse voraussetzen, leisten und doch keinen Anspruch auf Lohn damit verdienen. Sein Geschäftsgewinn beruht gerade auf dieser Kompensation mühevoller und müheloser Geschäfte. 27)

Daß der Maklervertrag nicht als Auftrag aufgefaßt werden kann, geht daraus hervor, daß der Auftrag grundsätzlich unentgeltlich ist, der Maklervertrag aber grundsätzlich entgeltlichen Charakter trägt. (Vgl. §§ 652, 653 zu § 662 B.G.B). 28)

Endlich ist die Abgrenzung vom Gesellschaftsvertrage dadurch gegeben, daß der Auftraggeber keineswegs verpflichtet ist, das vom Makler angebahnte Geschäft, und wenn es auch noch so günstig ist, abzuschließen, daß beide Teile also nicht wie beim Gesellschaftsvertrage gegenseitig verpflichtet sind, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes zu fördern. 29)

26) Vgl. Leyser, ein Vergleich zwischen Maklervertrag und Werkvertrag (Dissertation Erlangen 1903), Riezler S. 91 f.

27) Mayer: S. 3.

28) Gleichwohl besteht keine Veranlassung, die Bezeichnung des Vertragskontrahenten des Maklers mit „Auftraggeber" zu vermeiden, da sie sich allgemein eingebürgert hat und ein Mißverständnis ausgeschlossen ist.

29) R. G. in D.J.Z. 1905 S. 266.

§ 3. Der Abschluß des Maklervertrages.

Für den Abschluß des Maklervertrages gelten keine besonderen Regeln. Er kommt also durch die Abgabe einer Offerte der einen Partei und durch deren Annahme durch die andere Partei zustande. Sind Antrag und Annahme ausdrücklich durch beide Parteien erfolgt so macht die Frage, ob ein Vertrag zustande gekommen sei, natürlich keine Schwierigkeiten. Ist bei Abschluß eines solchen Vertrages von dem Maklerlohn nichts erwähnt, so gilt dieser gemäß § 653 B.G.B. als stillschweigend vereinbart.

Möglich ist es aber auch, daß die beiderseitigen Willenserklärungen lediglich durch konkludente Handlungen abgegeben werden. Es sind „die Fälle nicht selten, daß der Makler, wenn er weiß, daß jemand ein Geschäft zum Abschluß zu bringen wünscht, sich ohne Auftrag, in der Absicht die Provision zu verdienen, um das Zustandekommen des Geschäfts bemüht". 30) Erfährt nun derjenige Kontrahent, in dessen Interesse der Makler tätig war, hiervon und läßt er sich diese Dienste gefallen, während er nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte annehmen muß, daß der Makler seine Dienste nicht unentgeltlich leisten will, so kann in der Annahme der Dienste des Maklers der Abschluß des Vertrages, das Lohnversprechen liegen. Dabei ist es nicht erforderlich, daß der Kontrahent von der Tätigkeit des Maklers durch diesen selbst erfährt, sondern es muß dasselbe gelten, wenn er die Mitteilung von einem Vertreter des Maklers erhällt. 31)

Diese Regel ist auch dann anzuwenden, wenn der Makler einen von dem ihm aufgetragenen abweichenden Hauptvertrag 32) zum Abschluß bringt. In solchem Falle steht ihm ein Provisionsanspruch grundsätzlich nicht zu; „jedoch kann in der Fortsetzung seiner Tätigkeit und in dem Abschluß des Vertrages in Kenntnis dieser Tätigkeit ein stillschweigend zustande gekommener neuer Provisionsvertrag liegen". 33)

Allein in dem bloßen Annehmen der Dienste liegt eine Verpflichtung zur Provisionszahlung regelmäßig noch nicht. Wenn etwa der Makler den Anschein erweckt, er trete nur für die Gegenpartei auf oder wenn er sich als Freund aufgedrängt hat, ohne zum Ausdruck zu bringen, daß er einen Maklerlohn verlange, 4) so darf sich der den

30) J. W. 1901 S. 144. Vgl. auch Höchstr. Rechtspr. 1928 Nr. 419 und Soergel 1928 S. 135.

31) Staub Vorbem. 10a zu § 93 H.G.B.

32) Näheres darüber S. 48 ff.

33) R. G. in J. W. 1920 S. 491 (Bondi).

34) D.J.Z. 1904 S. 272. O.L.G. Band 4 S. 239.

Hauptvertrag Abschließende diese Tätigkeit ruhig gefallen lassen. Es kommt darauf an, ob der Makler dem Kontrahenten in einer nach Treu und Glauben ersichtlichen Weise zu erkennen gegeben hat, daß er auch von ihm eine Vergütung verlange.

Der Maklervertrag ist an keine bestimmte Form gebunden. Auch wenn sich sein Inhalt mit dem Verkauf eines Grundstücks beschäftigt, ist er nicht formbedürftig. § 313 B.G.B., der den Grundbesitzer vor übereiltem Verkaufe bewahren soll, kann hier nicht zur Anwendung kommen. Denn der Auftraggeber behält ja nach wie vor freie Hand und ist keineswegs dazu verpflichtet, bei Zuführung eines geeigneten Käufers diesem das Grundstück auch wirklich zu übertragen. 35)

Ist der Zweck des angestrebten Hauptvertrages unsittlich, so ist der zugrunde liegende Maklervertrag nichtig. So hat das Reichsgericht 36) ein Provisionsversprechen für die Vermittlung des Verkaufes eines Bordells für unsittlich und den Maklervertrag damit für nichtig erklärt.

Der Auftraggeber ist durch den Abschluß des Maklervertrages nicht verpflichtet, den in Aussicht gestellten Hauptvertrag abzuschließen und darf den Maklervertrag jederzeit frei widerrufen. 37) Dies gilt jedoch nicht ohne Ausnahme. Oft gibt der Auftraggeber dem Makler ein Vertragsobjekt auf bestimmte Zeit „fest an die Hand" oder „unwiderruflich" oder er überträgt ihm „den Alleinverkauf" auf bestimmte Zeit. Sind solche oder ähnliche Erklärungen im Maklervertrage enthalten, so bezeichnen wir den Vertrag als Maklervertrag mit Unwiderruflichkeitsklausel. 38) Die Fristsetzung allein braucht den Sinn einer Unwiderruflichkeitsklausel in dem hierunter näher erörterten Sinne jedenfalls noch nicht notwendig zu haben. Solcher Bestimmung kommt nach ihrem Inhalte und Zweck meistens nur ein Teil der nachfolgend erörterten Bedeutung zu. 39) Im übrigen bedeutet die Unwiderruflichkeitsklausel zunächst einmal, daß der Makler seinen bestimmten Lohn erhalten soll, wenn durch seine Mitwirkung der Hauptvertrag innerhalb der festgesetzten Zeit zustande gekommen ist, und daß der Maklervertrag mit Ablauf dieser Frist endigt. 40) Dann hätte der Vertrag im übrigen nur die Bedeutung, daß der Makler in dieser Frist den

35) Staudinger Anm. 12 zu § 652 B.G.B.; anders, wenn Maklervertrag und Immobiliargeschäft ein einheitliches Ganzes bilden (L.Z. 1921 S. 619) vgl. auch D.J.Z. 1926 S. 180.

36) Seuff. Arch. Band 55 S. 148, vgl. auch Plank Vorbem. V 1b zu § 652 B.G.B.

37) Oertmann Vorbem. 5 zu § 652 B.G.B.

38) Vgl. insbes. Dannenberg, der Maklervertrag mit Unwiderruflichkeitsklausel. Diss. Greifswald 1919.

39) O.L.G. Band 24. S. 384, Band 22 S. 317.

40) R.G. Band 22, S. 381, Kaufmann 1908 S. 72, de Roche S. 44; Rospatt (S. 550) steht auf dem Standpunkt, daß die Klausel ganz bedeutungslos sei.

höheren Lohn bekommt, während sonst die Regelung des § 653 B.G.B. zur Anwendung kommen würde, und daß es einer Aufhebung oder eines Widerrufs des Vertrages zu seiner Beendigung nicht bedarf.

Darüber hinaus hat die Klausel die Bedeutung, daß der Makler auf sein Recht zum Widerruf des Vertrages innerhalb der Frist verzichtet. 41) Das entspricht dem Namen „Unwiderruflichkeitsklausel". Allerdings wird dem Auftraggeber dennoch ein Widerrufsrecht zu geben sein, wenn der Makler zur Ausübung dieses Rechts einen wichtigen Grund gibt, z. B. über alle Maßen saumselig ist oder den Interessen des Auftraggebers geradezu zuwider handelt. Dies ergibt sich aus § 157 B.G.B. und der analogen Anwendung des § 626 B.G.B., die hier geboten erscheint. 42) Auf sein freies Entscheidungsrecht verzichtet aber der Auftraggeber nicht, wenn er dem Makler ein Objekt auf gewisse Zeit fest an die Hand gibt. Denn das käme ja einer Verkaufsofferte an eine vom Makler später zu bestimmende Person gleich und der Auftraggeber wäre dem Makler damit vollständig ausgeliefert. 43) Dieses sogenannte Konsensverweigerungsrecht ist von dem Widerrufsrecht streng zu scheiden

Was die besagte Klausel im übrigen zu bedeuten hat, ist sehr bestritten. Sicher ist jedenfalls, daß der Auftraggeber sich damit nicht verpflichten will, auch für den Fall, daß gar kein Vertrag zustande kommt, die Provision zu zahlen. In einem Gutachten über Handelsgebräuche ist für eine Unwiderruflichkeitsklausel bei einem Auftrage zur Hypothekenvermittlung als Handelsgebrauch in Berlin z. B. festgestellt, daß der Auftraggeber von einer anderweitigen Beschaffung Abstand zu nehmen habe. 44) Diese Bedeutung legt auch das Reichsgericht den Unwiderruflichkeitsklauseln meist bei, während es mit Recht darauf hinweist, daß die Bedeutung solcher Klauseln sich aus Sinn und Zweck des Vertrages im einzelnen Falle ergeben muß. Der Wortlaut der vorkommenden Formeln ist zu vielgestaltig, als daß man sie einer einheitlichen Regelung unterstellen könnte. 45) So läßt sich nach einem Gutachten der Industrie- und Handelskammer Berlin 46) nicht feststellen, daß sich über die Bedeutung der Klausel in dem Provisionsschein: „Ich gebe hiermit der Firma N. N. in ..... den alleinigen Auftrag für den Verkauf meiner Villa zu ..... zum Preise von ..... zu vermitteln," für die Bezahlung der Provision im Maklergewerbe

---

41) Planck Anmerk. 4b zu § 652 B.G.B. a. A. Dannenberg S. 47.

42) Reichel S. 220 O.L.G. Band 22 S. 322. Staub Vorbem. 38 zu § 93 H.G.B. Düringer-Hachenburg Vorb. 10 vor § 93.

43) O.L.G. Band 18 S. 16. R.G. in J.W. 1922 S. 1323 (Oertmann).

44) Dannenberg S. 45.

45) z. B. J.W. 1905 S. 339. L.Z. 1919 S. 607 J.W. 1922 S. 1323 (Oertmann), vgl. auch Rospatt S. 551.

46) D. Imm. Z. 1928 S. 204.

eine besondere Rechtsansicht gebildet habe. Es gehe aus der Klausel lediglich hervor, daß der Eigentümer keinen anderen Makler mit dem Verkauf beauftragt habe oder beauftragen werde.

Wenn nun in den Fällen, in denen die Klausel die Bedeutung hat, daß der Auftraggeber von einer anderweitigen Vermittlung Abstand zu nehmen habe, der Auftraggeber gleichwohl selbst oder durch Vermittlung eines anderen Maklers abgeschlossen hat, so nimmt das Reichsgericht 47) an, daß sich der Auftraggeber eine positive Vertragsverletzung habe zu schulden kommen lassen, auf Grund deren er zur Zahlung des entgangenen Gewinnes verpflichtet sei. Daß ihm ein solcher Schaden entstanden sei, habe der Makler zu beweisen. Er genüge dieser Beweispflicht, wenn er nachweise, daß er innerhalb der festbestimmten Frist einen geeigneten Kontrahenten gefunden hätte, mit dem der Auftraggeber nach den Grundsätzen von Treu und Glauben und nach der allgemeinen Lebenserfahrung abgeschlossen haben würde. Dagegen könne sich der Auftraggeber von der Pflicht zur Lohnzahlung befreien, wenn er nachweise, daß er gleichwohl bei verständiger Würdigung nicht abgeschlossen hätte. 48)

Das Oberlandesgericht Naumburg 49) weist demgegenüber auf die Schwierigkeit der Beweisführung durch den Makler hin und nimmt hier eine Umkehrung der Beweislast an, sodaß der Auftraggeber beweisen müßte, daß es dem Makler in der vorbestimmten Zeit nicht gelungen wäre, einen geeigneten Vertragskontrahenten oder ein passendes Vertragsobjekt zu besorgen. Ein solcher Beweis aber wird dem Auftraggeber fast immer mißlingen und darum steht diese Auffassung der richtigen außerordentlich nahe, daß sich nämlich der Auftraggeber mit der Klausel für den Fall des Geschäftsabschlusses ohne Vermittlung des Maklers ohne weiteres zur Zahlung des Maklerlohnes verpflichten will, mag man darin nun eine vertragsmäßige Gegenleistung für die Bereitschaft zur Tätigkeit und etwaige bereits entfaltete Tätigkeit oder aber eine Konventionalstrafe erblicken.

Nur diese Entscheidung ist billig, und wird den Interessen beider Parteien gerecht. 50) Der Makler wird sich um die Erledigung seines Auftrages umsomehr bemühen, als er weiß, daß er nicht umsonst arbeiten wird, daß der Auftraggeber ihn nicht plötzlich der Früchte seiner Tätigkeit berauben kann, indem er anderweit abschließt. Da der Auftrag aber gültig immer nur auf eine angemessene Frist erteilt ist, so hat

47) R. G. Band 76, S. 361, ebenso Staub Vorbem. 17 zu § 93 H.G.B., Planck Vorbem. V 4b zu § 652 B.G.B.

48) Jedoch ist zu beachten, daß der Auftraggeber das Konsensverweigerungsrecht behalten hat, sodaß er an sich doch müßte sagen und beweisen können, er würde auch dem besten Vertrage nicht zugestimmt haben (Rospatt S. 550).

49) O.L.G. Band 12 S. 89 f.

50) Jacusiel S. 83 ff. K. G. in O.L.G. Band 22 S. 317, Düringer-Hachenburg Vorbem. 12 zu § 93 H.G.B.

der Makler auch Interesse daran, daß der Vertrag möglichst schnell zustande kommt, und er wird seine Bemühungen diesem Interesse gemäß intensiv gestalten. Der Auftraggeber aber ist sicher, den Makler durch die Unwiderruflichkeitsklausel angespornt zu haben und braucht sich andererseits nicht der Möglichkeit zu begeben, auch ohne den Makler abzuschließen. Handelt aber der Makler den Interessen des Auftraggebers geradezu zuwider oder bemüht er sich gar nicht um den Vertrag, so hat der Auftraggeber, wie wir oben gezeigt haben, ein Kündigungsrecht.

Außerdem kann die Unwiderruflichkeitsklausel des Maklervertrages nicht auf eine allzulange Zeit vereinbart werden, da eine solche Vereinbarung unsittlich wäre. 51) Ist die Zeit nicht fest bestimmt, so wird eine angemessene Frist als vereinbart gelten, haben die Parteien eine Frist aber gar nicht gewollt, so ist der Vertrag nichtig. Die Aufträge im Immobiliengeschäft werden meistens auf die Dauer eines Jahres fest gegeben, andere, z. B. die Darlehensvermittlung betreffende, der Dringlichkeit der Abwicklung des Geschäfts entsprechend auf drei oder sechs Monate.

Der Interessenabwägung entsprechend enthalten Makleraufträge häufig auch die Bestimmung, daß eine Entschädigung für Honorarverlust auch dann zu zahlen sei, wenn innerhalb der bestimmten Zeit „das Objekt ganz oder teilweise anderweitig veräußert oder der Auftrag zurückgezogen wird oder sich sonst wie erledigt". 52) Die Entschädigung ist dann meistens geringer als das ausbedungene Honorar — 1 statt 3 Prozent — die Abrede ist jedoch nur eine Spielart der geschilderten Unwiderruflichkeitsklausel und grundsätzlich davon nicht verschieden. 53)

51) Reichel S. 222.

52) Vgl. Anlage A.

53) R. G. in L. Z. 1922 S. 25, J. W. 1905 S. 340 O.L.G. Band 35 S. 302.

§ 4. Die Treupflicht des Maklers.

Wir haben oben (S. 14 ff.) näher dargelegt, daß es sich beim Maklervertrag um einen gegenseitigen Vertrag handele dergestalt, daß auf der einen Seite die Treupflicht, auf der anderen Seite aber die Pflicht zur Lohnzahlung diesem Vertrage wesentlich seien.

Die Verpflichtung zur Maklertreue ist keine nur unter gewissen Umständen eintretende Pflicht, wie bei unvollkommen zweiseitigen Verträgen, vielmehr steht sie der Verpflichtung des Auftraggebers zur Lohnzahlung von Abschluß des Vertrages an gegenüber und gibt damit dem Maklervertrag den Charakter eines gegenseitigen Vertrages. Die Sorgfaltspflicht obliegt schon dem unbeauftragten Geschäftsführer (§ 677 B.G.B.), der sich ohne Aussicht auf Lohn und ungebeten in fremde Geschäfte einmischt, wie vielmehr muß sie den Makler treffen, der vom Auftraggeber mit der Vermittlung, oft auch mit dem Abschlusse des Geschäftes betraut ist. 54)

Auf Grund dieses Vertrauensverhältnisses zwischen Makler und Auftraggeber ist der Makler verpflichtet, das Interesse seines Auftraggebers bestmöglichst zu wahren. Wenn er den Auftrag erhalten hat, den Verkauf nicht unter einem bestimmten Limit zu vermitteln, so ist er nicht nur verpflichtet, nach besten Kräften diese unterste Preisgrenze zu erreichen, sondern er muß auch einen höheren Preis zu erlangen suchen, wenn ihm dies möglich ist, zum mindesten aber den Auftraggeber auf diese Möglichkeit hinweisen. 55) Bei all seinem Handeln muß der Makler die Interessen seines Auftraggebers im Auge haben und sich jeder Tätigkeit enthalten, mit der er die Interessen seines Auftraggebers gefährden könnte. Er ist verpflichtet, den Auftraggeber von allen ihn interessierenden Fragen zu unterrichten. — Eine Verpflichtung, dem Auftraggeber sofort jeden zu nennen, den er für die Angelegenheit interessiert hat, wird man dem Makler nicht aufbürden können, da es Fälle gibt, in denen das Interesse des Auftraggebers das Gegenteil erheischt, wenn z. B. der Interessent vorerst mit dem Auftraggeber noch auf keinen Fall verhandeln will. 56) Andererseits muß der Makler dem Auftraggeber über alle Verhältnisse wahrheitsgemäß Aufschluß geben, selbst wenn diese geeignet sind, den Auftraggeber vom Vertragsschluß abzuhalten. Auf Grund seiner Treupflicht ist der Makler auch verpflichtet, ein Angebot, das er erhalten hat, an den Auftraggeber weiterzugeben, wenn er auch zu einer weitergehenden Tätigkeit

54) Reichel S. 133/34.

55) Staudinger II 1a zu § 652 B.G.B., Höß S. 42, Reichel S. 239.

56) Vgl. S. 68.

nicht verpflichtet ist. Bei der Vermittlung von Immobiliengeschäften wird die Treupflicht des Maklers immer einen besonders breiten Raum einnehmen. Hier muß der Makler dem Auftraggeber genauen Aufschluß über alle rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse geben. So darf er dem Auftraggeber nicht die Formvorschrift des § 313 B.G.B. verschweigen, 57) muß genaue, wahrheitsgemäße Angaben über die Belastungen und Grundbucheintragungen geben und soweit er dazu imstande ist, auch über die rechtlichen Folgen aufklären. 58) Andererseits muß er auch die tatsächlichen Verhältnisse des Vertragsobjektes genau darlegen. So darf er z. B. nicht verschweigen, daß das Wasser auf dem Grundstück besonders schlecht ist oder daß dort gar kein trinkbares Wasser vorhanden ist oder daß das Haus, das der Auftraggeber zu kaufen wünscht, schwammverdächtig ist. 59) Auch über die öffentlichrechtlichen Lasten, die auf dem anzukaufenden Gute ruhen, muß der Makler nach bestem Wissen und nach bester Erkundigung Auskunft geben. 60)

Der Makler darf ferner nicht auf den Vertragskontrahenten des Auftraggebers einwirken, damit dieser vom Vertragsschlusse abstehe, weil er vielleicht inzwischen ein anderes Objekt zur Verfügung hat, an dem er mehr verdienen kann. Allerdings ist, wie schon oben erwähnt, dem Makler nicht schon aus dem Umstande ein Vorwurf zu machen, daß er dem Vertragskontrahenten des Auftraggebers auch noch andere Objekte angibt. Der Grundstücksmakler z. B. wird dem Kaufliebhaber immer mehrere Objekte nennen müssen, da dieser naturgemäß eine größere Auswahl verlangt. Daran darf er also nicht gehindert sein.

Der Makler darf aber nicht dem Inhalte des Vertrages zuwider auch für den anderen Teil tätig sein. Dies ist ausdrücklich als eine besondere Art der Treupflicht in § 654 B.G.B. festgelegt. Aus den Worten „dem Inhalte des Vertrages zuwider" geht hervor, daß eine abweichende Vereinbarung durchaus möglich ist. Es geht weiter daraus hervor, daß die Frage der widerstreitenden Interessen nach § 654 B.G.B. nur beim Vermittlungsmakler eine Rolle spielt, nicht aber beim Nachweismakler. 61) Denn die Tätigkeit dieses besteht ja lediglich darin, die Parteien einander zuzuführen, sie nachzuweisen. Um den Abschluß des Vertrages bemüht er sich ja nicht. Wie weit der Makler im übrigen in seinen Beziehungen zu dem anderen Teil gehen darf, muß der Inhalt des einzelnen Vertrages ergeben. Im allgemeinen hat der Makler nicht schon dadurch seinen Anspruch auf Maklerlohn verloren, daß er sich auch von der anderen Partei einen Maklerlohn hat versprechen lassen oder daß er nachträglich eine freiwillige Belohnung angenommen hat, sondern er muß wirklich für den anderen Teil tätig

57) O.L.G. Hamburg im Recht 1916 Nr. 1100.

58) Rudolph S. 24 O.L.G. Band 20 S. 219. Soergel 1928 S. 136.

59) R. G. in J. W. 1910 S. 284.

60) R. G. in Seuff. Arch. Band 56 S. 127.

61) Jacusiel S. 57, O.L.G. Band 22 S. 323.

geworden sein. 62) Es muß also ein Fall wirklicher Interessenkollision vorliegen. Ob dies der Fall ist, wird in einzelnen Fällen sehr fraglich sein, da der Makler häufig nicht erkennbar für den anderen Teil tätig wird. Es kommt z. B. vor, daß er unter Verletzung des § 654 B.G.B. mit dem Makler der Gegenpartei gemeinsame Sache macht und sich die Hälfte des Lohnes versprechen läßt. Wie oben erwähnt, kann der Makler auch nach B.G.B. auf Grund einer Vereinbarung für beide Teile tätig werden. Wußte dann der eine Auftraggeber bei der Erteilung des Auftrages, daß der Makler auch von der anderen Partei beauftragt ist oder ging dies aus den Umständen hervor, dann kann er sich auf § 654 B.G.B. nicht berufen. 63)

Der Makler muß auch seinen Auftraggeber über den Gang der Verhandlungen und alle wichtigen Punkte dieser Verhandlungen auf dem Laufenden halten. 64) Hierzu gehört auch, daß der Makler dem Auftraggeber die ihm bekannt gewordenen Konjunkturen und allgemeinen Preisströmungen mitteilt. Aber auch die Aenderungen in den Vermögensverhältnissen des Gegenkontrahenten muß der Makler mitteilen bezw. Aufschluß darüber geben, wenn der Gegenkontrahent von Anfang an als insolvent bekannt ist. 65) Ob er aber auch selbst etwas unternehmen muß, um Gewißheit darüber zu haben, daß der Gegenkontrahent auch zahlungsfähig ist, ist bestritten. 66) Man wird sagen müssen, daß sich der Umfang dieser Verpflichtung regelmäßig aus dem einzelnen Vertrage ergibt. 67) Der Auftraggeber beauftragt den Makler weil er auf Grund dessen Sach- und Personenkenntnisse einen schnelleren und besseren Abschluß erwartet. Der Makler darf dem Auftraggeber nun gewiß keinen Vertragskontrahenten zuführen, dessen Insolvenz aller Welt und insbesondere ihm selbst bekannt ist. 68) Er ist vielmehr verpflichtet, jedem Zweifel über die Güte des Kontrahenten nachzugehen und seinen Auftraggeber hiervon zu unterrichten. Erkundigt sich der Auftraggeber ausdrücklich nach den Verhältnissen des Vertragskontrahenten und beauftragt er den Makler mit der Prüfung dieser Frage, so darf der Makler die Aufklärung nicht auf Grund oberflächlicher Erkundigungen geben, sondern muß sich die Informationen mit gehöriger Sorgfalt verschaffen und ist dann auch für dieselben verantwortlich. Gibt der Makler unaufgefordert bestimmte Zusicherungen oder empfiehlt er den Vertragskontrahenten ausdrücklich als solvent, so muß der Auftraggeber annehmen, daß die Empfehlung nicht allein auf Grund eigenen Wissens

62) Planck Anmerk. 2a zu § 654, J. W. 1902 S. 371.

63) R. G. Band 4 S. 222 ff., Raff in D. Imm. Z. 1929 S. 364.

64) R. G. in Soergel 1927 S. 143.

65) Reuling in Gruchot Band 40 S. 196, Kuhne S. 30 f.

66) Vgl. Reichel S. 230 ff. Dannenberg S. 28/29, Düringer-Hachenburg Anmerk. 3 zu § 98 H.G.B.

67) Seuff. Arch. Band 56 S. 127 O.L.G. Band 12 S. 87.

68) R. G. Band 101 S. 23.

erfolge, sondern er darf sich darauf verlassen, daß der Makler auch zuverlässige Erkundigungen darüber eingezogen habe. Darüber hinaus wird man dem Makler eine Erkundigungspflicht nicht auferlegen dürfen. Es kommt aber immer auf den einzelnen Vertrag und darauf an, ob der Auftraggeber ein Laie oder ein Fachmann auf dem betreffenden Gebiete ist. Man wird jedoch dem Makler nicht zumuten können, daß er anstelle des Auftraggebers die Informationen einzieht, die dieser selbst einziehen kann. 69) Denn nicht der Makler schließt den Vertrag, sondern der Auftraggeber. Dieser muß sich also auch nach der Güte der Ware, der Solvenz der Gegenpartei usw. erkundigen 70), oder aber zum mindesten den Makler mit dieser Erkundigung besonders betrauen.

Fast immer wird der Auftraggeber dem Makler weitergehende Mitteilungen machen, als er sie dem Vertragskontrahenten machen würde. Er tut dies, damit der Makler um so besser seine — des Auftraggebers — Interessen vertreten könne. Diese Mitteilungen muß der Makler daher auch diskret behandeln. Die Treupflicht schließt also auch die Pflicht zur Verschwiegenheit in sich. Wird der Makler für ein Warenhaus oder dergleichen, das einen ganzen Gebäudekomplex kaufen will, tätig, so darf er dem Gegenkontrahenten dies nicht verraten, da anzunehmen ist, daß dieser seine Forderungen dann erhöhen wird. Auch wird der Makler nie dem Gegenkontrahenten mitteilen dürfen, daß etwa der Auftraggeber schnell verkaufen müsse, da er sich in schlechter Vermögenslage befinde. Er wird auch dem Verkäufer nicht mitteilen, daß er für den Staat kaufe, da Staat und Kommunen gern überfordert werden. Als Makler des Verkäufers darf er hinwiederum diesem nicht den wahren Vertragskontrahenten — nämlich Staat oder Kommune — verheimlichen oder ihn darüber täuschen, da der Verkäufer dem Staat gegenüber sich nicht leicht nachgiebig zeigen wird. 71) So kann die Treupflicht der Vielgestaltigkeit des Maklervertrages entsprechend sehr verschiedenen Inhalt, der nach den Grundsätzen von Treu und Glauben aus dem Zweck des einzelnen Vertrages zu schöpfen ist, haben.

Wir haben oben (S. 12 ff.) eine Tätigkeitspflicht des Maklers abgelehnt. Gleichwohl kann sie im einzelnen Falle gegeben sein, nämlich dort, wo sie ausdrücklich ausbedungen ist, oder wo sie aus dem Zweck und Inhalt des Vertrages hervorgeht. Dadurch wird der Charakter des Maklervertrages als solcher nicht verändert. 72) Ist dann der Makler zu irgend einer Tätigkeit verpflichtet, so hat er diese Tätigkeit mit der gehörigen Sorgfalt auszuführen. Er muß dies tun, wie es ein ordentlicher Makler in dem gegebenen Falle tun würde. Ueber den Umfang der Tätigkeit wird der jeweilige Vertrag Aufschluß geben. Wird

69) Riesenfeld in Gruchot Band 37 S. 281.

70) Düringer-Hachenburg Anmerk. 3 zu § 98 H.G.B. Höß S. 43.

71) O.L.G. Band 12 S. 87.

72) Doerr S. 622 gegen Riesenfeld in Gruchot Band 37 S. 847.

der Makler sodann, seiner Pflicht gemäß, tätig, so hat er bei dieser Tätigkeit in besonderer Weise seiner Treupflicht nach den oben aufgestellten Richtlinien zu genügen.

Anweisungen des Auftraggebers hat der Makler treu zu erfüllen und zu Abweichungen hiervon ist er im allgemeinen nicht befugt. Doch wird man § 665 B.G.B. analog anwenden dürfen, sodaß der Makler berechtigt ist, von den Weisungen des Auftraggebers abzuweichen, wenn er den Umständen nach annehmen darf, daß der Auftraggeber bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen würde. Er bleibt aber gleichwohl dazu verpflichtet, dem Auftraggeber von der Abweichung Anzeige zu machen, und wenn damit keine Gefahr verbunden ist, die Entschließung des Auftraggebers abzuwarten. 73)

Bei Ausführung seines Auftrages darf sich der Makler regelmäßig auch der Mitwirkung anderer Personen bedienen und zwar nicht nur zur Ausführung untergeordneter Arbeiten, sondern auch für die eigentliche Vermittlertätigkeit. (Untermakler, Zwischenmakler) 74) § 664 B.G.B ist also nicht anwendbar. Davon gibt es gewiß Ausnahmen. So, wenn der Auftraggeber nicht will, daß seine Absicht weiteren Kreisen bekannt werde. Solchenfalls verstößt der Makler gegen die oben statuierte Pflicht zur Verschwiegenheit, wenn er einen Substituten bestellt und diesen in die Einzelheiten des Geschäftes einweiht. 75)

Außer den behandelten Pflichten des Zivilmaklers hat der Handelsmakler noch eine Reihe besonderer Pflichten, die zum Teil privatrechtlicher, zum Teil auch öffentlichrechtlicher Natur sind. Sie bleiben für unsere Arbeit aber außer Betracht.

Verletzt der Makler die so näher umschriebenen Pflichten, so ist er für den dadurch entstandenen Schaden in derselben Weise verantwortlich, wie auch sonst jeder die eigenen und die Handlungen der Gehilfen zu vertreten hat. Der Makler haftet für eigenen Vorsatz, für eigene Fahrlässigkeit, sowie auch für Vorsatz und Fahrlässigkeit seiner Gehilfen, insbesondere auch seines Untermaklers. 76) Den durch solche Pflichtverletzung entstandenen Schaden hat der Makler zu ersetzen. Der Auftraggeber kann dann mit seinem Schadenersatzanspruche gegen die Provisionsforderung des Maklers aufrechnen. In den Fällen des § 654 B.G.B. jedoch, in denen der Makler dem Inhalte des Vertrages zuwider auch für den anderen Teil tätig wird, kommt der Lohnanspruch des Maklers zum Wegfall, ohne daß es des Nachweises eines Schadens durch den Makler bedarf.

Bei anderen als den in § 654 B.G.B. angegebenen Verstößen ist der Makler nur verpflichtet, den entstandenen Schaden zu ersetzen. War insbesondere der Schaden im einzelnen Falle niedriger als der Provisionsanspruch, so wird dem Makler immer noch die restliche Lohn-

73) Dannenberg S. 23.

74) Groener S. 12. Wollstein S. 9 ff.

75) Wollstein S. 12, Leyser S. 34.

76) O.L.G. Band 36 S. 268, Doerr S. 627, Wollstein S. 15.

forderung verbleiben. Reichel 77) meint, daß der Makler, wenn er eine Vertragspflicht vorsätzlich — anders bei Fahrlässigkeit — verletzt habe, keinen Anspruch mehr auf den Maklerlohn haben könne, selbst wenn der Schaden des Auftraggebers geringer oder wenn überhaupt kein Schaden entstanden sei. Er sagt: „Ein ungetreuer Makler verdient keinen halben Heller. Denn das, was er schließlich doch gefördert hat, kann ihm bei solcher Sachlage nicht zum Verdienst zugerechnet werden." Diese Entscheidung findet aber im Gesetz nirgends eine Stütze, vielmehr ergibt sich gerade aus dem Vorhandensein des § 654 B.G.B. und aus der ausdrücklichen Regelung im Falle der schwersten Verletzung der Makler-Treupflicht das Verbot der analogen Anwendung. 78) Die Anwendung erscheint auch unbillig. Denn selbst die vorsätzliche Pflichtverletzung kann im einzelnen Falle doch außerordentlich gering und vom Makler in dem Glauben, daß diese Pflichtverletzung in ihrem Endresultat dem Auftraggeber zum Vorteil gereiche, erfolgt sein. Man denke auch daran, daß die Provision im einzelnen Falle außerordentlich hoch, der Schaden des Auftraggebers aber sehr gering sein kann. Unter solchen Umständen besteht kein Anlaß, den Auftraggeber auf Kosten des Maklers zu bereichern und ihm mehr zukommen zu lassen als er auf Grund der Pflichtverletzung des Maklers eingebüßt hat. 79)

Aber immer ist zu beachten, daß der Schadensersatzanspruch eine Schuld des Maklers voraussetzt. Andernfalls ist dieser nicht verantwortlich; wenn der Fehler, durch den der Schaden entstanden ist, auch noch so grob und in seiner finanziellen Auswirkung sehr bedeutend ist. Die Beweislast dafür, daß der Fehler trotzdem ohne sein Verschulden gemacht ist, trifft jedoch den Makler. 80)

---

77) a. a. O. S. 136 dagegen Heymann S. 428, Mayer S. 47.

78) Oertmann 1b zu § 652 B.G.B., besonders eingehend O.L.G. Hamburg in Seuff. Archiv Band 64 S. 267, dagegen auch Meyerstein S. 245.

79) Bedenklich ist in diesem Zusammenhange die Entscheidung des Reichsgerichts Band 113 S. 269, die besagt, die Verwirkung nach § 654 B.G.B. sei auch in anderen Fällen anzuwenden, „in denen der Makler unter vorsätzlicher oder fahrlässiger Verletzung wesentlicher Vertragspflichten den Interessen seines Auftraggebes in wesentlicher Weise zuwiderhandele." Das Reichsgericht läßt also sogar einen fahrlässigen Verstoß des Maklers genügen, scheint andererseits durch das zweimalige Hervorheben des „wesentlich" den Kreis dieser Fälle doch sehr einschränken zu wollen. Vgl. R. G. in Soergel 1926 S. 167.

80) L. Z. 1917 S. 766.

§ 5. Der Lohnanspruch des Maklers.

Den Pflichten des Maklers — notwendig übernimmt der Makler, wie wir ausführten, nur eine Pflicht, nämlich die Pflicht zur Maklertreue, — stehen Rechte des Maklers gegenüber. Auch hier ist es notwendig nur ein Recht, das dem Makler gegeben ist, nämlich der Anspruch auf Lohn.

Im Gegensatz zum Handelsmakler, dem der Lohn gemäß § 99 H.G.B. im Zweifel von jeder Partei zur Hälfte geschuldet wird, hat der Zivilmakler einen Anspruch gemäß § 652 B.G.B. zunächst nur an die auftraggebende Partei, die den Lohn versprochen hat. Gleichwohl kann der Zivilmakler auch zur Gegenpartei in ein Vertragsverhältnis treten — dabei ist § 654 B.G.B. zu beachten — und dies kann sowohl ausdrücklich als auch dadurch geschehen, daß der Vertragsgegner in Kenntnis des Umstandes, daß der von der Gegenpartei beauftragte Makler auch für ihn tätig sein wolle, dessen Dienste entgegennimmt. 81) Abweichend von dem erwähnten Grundsatz besteht aber in wichtigen Fällen des Immobiliarvermittlungsrechts die Uebung, daß der Gegenkontrahent zur Zahlung der Provision verpflichtet ist. Dies gilt für den Bezirk der Handelskammer Berlin sowohl für den Fall des Grundstückverkaufs wie für den Fall des Hypothekendarlehens. 82)

Die Höhe des Lohnes bestimmt sich in erster Linie nach der Vereinbarung, wonach die Provision meistens in Prozentsätzen des beim vermittelten Geschäft vereinbarten Preises berechnet wird, er kann aber auch z. B. derart vereinbart sein, daß der Makler den Betrag erhält, der das vom Auftraggeber aufgegebene Limit übersteigt, d. h. den Ueberpreis. Dies wird oft damit ausgedrückt, daß dem Makler ein Objekt „netto" anhand gegeben wird. 83) Ist kein Maklerlohn abgemacht, so gilt solcher gleichwohl als stillschweigend vereinbart, wenn die dem Makler übertragene Leistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist (§ 653 Abs. I B.G.B.). Ueber nicht vereinbarte Höhe des Lohnes entscheidet die Taxe, in Ermangelung einer solchen ist der übliche Lohn zu zahlen (§ 653 Abs. II B.G.B.). So hat die Industrie- und Handelskammer Berlin in einem Gutachten eine Provision von 1—2 Prozent, eventl. eine solche von 3 Prozent für Dar-

81) Planck 4a zu § 652 B.G.B.

82) Dove-Meyerstein Band 2 Nr. 230.

83) Staub Vorbem. 14 vor § 93 H.G.B., O.L.G. Hamburg in L. Z. 1919 S. 657.

lehensvermittelungen als angemessen erklärt, während sie für gewerbliche Vermittelungen von Grundstückskäufen oder -verkäufen 1—2 Prozent, eventl. bei größeren Objekten auch nur ½—1 Prozent Provision für angemessen gehalten hat. 84) Bei der Festsetzung des Lohnes kommt es nicht auf die im einzelnen Falle entwickelte Tätigkeit des Maklers an, sondern darauf, was üblicher Weise für die Vermittelung eines solchen Vertrages gezahlt wird, gleichgültig, ob sich die Vermittelung leicht oder schwierig gestaltet. 85) Bei Nachweisung oder Vermittelung von Dienstverträgen kann der übermäßig hohe Maklerlohn auf einen angemessenen Betrag durch Urteil herabgesetzt werden. (§ 655 B.G.B.) 86) Bei anderen Maklerverträgen gilt dies nicht. Ist bei solchen die ausbedungene Provision übermäßig hoch, so wird zu prüfen sein, ob nicht das ganze Rechtsgeschäft wegen Wuchers nichtig ist (§ 138 B.G.B.) und der Makler seinen Anspruch auf Maklerlohn damit vollkommen verliert, wobei allerdings zu beachten ist, daß nicht die Unverhältnismäßigkeit von Leistung und Gegenleistung allein den Vertrag nichtig macht. 87)

Seine besonderen Aufwendungen, z. B. Reisekosten, Reklamekosten, Porti, Telefon- und Telegrafenspesen kann der Makler in der Regel nicht ersetzt verlangen, da das B.G.B. auf dem Standpunkt steht, daß die Unkosten mit der Zahlung der Provision abgegolten seien. Da aber die angestrebten Hauptverträge sehr oft gar nicht zustande kommen, müßte der Makler oft unnütze Aufwendungen machen, ohne sie je wieder ersetzt zu bekommen. Daher wird zwischen den Parteien oft formularmäßig vereinbart, daß der Auftraggeber die Aufwendungen zu ersetzen habe, 88) und häufig wird hierfür ein sofort zahlbares Fixum festgesetzt. Von diesem letzteren Brauch sollte ein ordentlicher Makler aber Abstand nehmen. Er führt dazu, daß mancher Makler nur noch auf solche Aufträge Jagd macht, die ihm den leichtverdienten Vorschuß einbringen, um sich dann um den Abschluß des Hauptgeschäftes, zu dessen Erreichung der Maklervertrag doch allein geschlossen wird, nicht oder nicht intensiv zu bemühen und damit den ehrenhaften Stand der Makler in Verruf zu bringen. 89) Dementsprechend besagt auch ein Gutachten der Berliner Handelskammer, daß es nach den Anschauungen in den Kreisen der Grundstück- und Hypotheken-Makler mit den Pflichten

---

84) Mitgeteilt von Kristeller in G. E. 1927 S. 264 f. vgl. aber auch Oppenheim in G. W. 1927 S. 146.

85) R. G. in L. Z. 1927 S. 846.

86) Laut Gesetz vom 16. Juli 1927 (A. V. u. A. V. G.) ist die gewerbsmäßige Stellenvermittlung vom 1. Januar 1931 ab verboten.

87) R. G. Bd. 90. S. 401, Bd. 93 S. 207 J. W. 1918 S. 32 (Lehmann) 1926 S. 2098, O.L.G. Bd. 20 S. 218 Gruchot Bd. 64 S. 120 Bd. 64 S. 210, Bd. 63 S. 728, vgl. auch Karger in G. E. 1927 S. 930

88) Heymann S. 432.

89) Vgl. dazu eingehend Strauß in Recht und Wirtschaft 1913 S. 249 ff.

eines ordentlichen Maklers nicht vereinbar und eine Verletzung der guten Sitten sei, sich Vorausleistungen versprechen zu lassen, die auf jeden Fall dem Makler verbleiben ohne Rücksicht darauf, ob das Geschäft zum Abschluß gebracht werde oder nicht. 90) Wenn der Makler Aufwendungen macht, die außerhalb der Vermittlertätigkeit liegen, und nur gelegentlich derselben geleistet sind, so kann er solche Aufwendungen nach den Vorschriften des Auftrags, der Geschäftsführung ohne Auftrag oder ungerechtfertigten Bereicherung ersetzt verlangen. 91)

Da der Makler anders nicht wissen kann, ob und welche Lohnansprüche ihm zustehen, ist der Auftraggeber auch verpflichtet, dem Makler Auskunft darüber zu geben, ob und zu welchen Bedingungen der Hauptvertrag abgeschlossen ist. Wenn es nötig ist, wird er dem Makler auch die über dem Abschluß errichtete Urkunde und die sonstigen Unterlagen vorlegen müssen. 92) Wenn die Vergütung in einem Anteil am Gewinn des vermittelten Geschäfts besteht, so hat der Makler auch einen Anspruch auf Rechnungslegung oder zum mindesten auf Vorlegung der Geschäftsbücher. 93)

Dagegen hat der Auftraggeber nicht unbedingt die Verpflichtung, dem Makler von dem erfolgten Geschäftsabschluß Mitteilung zu machen 94), da die Mitteilung oft auch ganz überflüssig ist, so z. B. bei der Nachweismakelei und an der Börse. Die Pflicht muß man aber in solchen Fällen annehmen, in denen der Makler Schaden erleiden kann, da er mit Recht auf das Weiterbestehen der Verdienstmöglichkeit vertraut und aus diesem Grunde unnütze und kostspielige Aufwendungen macht. Wenn der Auftraggeber in diesen Fällen den erfolgten Abschluß nicht mitteilt, so liegt darin ein Verschulden bei der Durchführung des gegenseitigen Vertrages und verpflichtet zum Schadenersatz, d. h. zum Ersatz der zwecklos aufgewendeten Unkosten.

Das Hauptrecht des Maklers ist, wie erwähnt, der Anspruch auf den Maklerlohn. Diesen Anspruch hat der Makler jedoch nur, wenn, wie § 652 B.G.B. sagt, „der Vertrag infolge des Nachweises oder infolge der Vermittlung des Maklers zustande kommt."

Die Voraussetzungen für den Anspruch auf Maklerlohn sind also, außer der selbstverständlichen Voraussetzung, dem Vorliegen eines gültigen Maklervertrages:

1. Das Zustandekommen des Hauptvertrages,
2. Identität des angestrebten und des abgeschlossenen Hauptgeschäftes,

---

90) Mitgeteilt von Meyerstein in Z.H.R. Bd. 77 S. 251.

91) Reichel S. 270.

92) Planck Vorbem. V 4b zu § 652 B.G.B., Oppenheim in G. W. 1927 S. 126.

93) Reichel S. 265 f., R. G. Band 53 S. 252.

94) Heymann S. 434 a. A. Planck Vorbem. V 4b zu § 652 B.G.B. Mayer S. 34 f.

3. Kausalität zwischen der Tätigkeit des Maklers und dem Abschluß des Hauptvertrages.

4. Nach h. M. auch das Bewußtsein des Auftraggebers von der Vermittlungstätigkeit des Maklers für den abgeschlossenen Hauptvertrag.

Diese Voraussetzungen wollen wir nun in dem kommenden Paragraphen des näheren behandeln.

Hier sei grundsätzlich schon dies gesagt: Nach § 157 B.G.B. ist auch die Verkehrssitte bei Auslegung von Verträgen zu berücksichtigen. Eine bestehende Verkehrssitte vermag somit dispositives Recht, das nur bedingt (subsidiär) anwendbar sein will, zurückzudrängen. 95) Mit solchem dispositivem Gesetzesrecht haben wir es beim Maklervertrage zu tun. Mithin können unsere Ausführungen nur dort gelten, wo nicht eine entgegenstehende Verkehrssitte besteht. Und noch eins: Die Grundsätze von Treu und Glauben, die das gesamte Rechtsgebiet durchfluten, sind hier im besonderen Maße anwendbar. Dies ergibt sich vor allem daraus, daß der Maklervertrag im B.G.B. nur dürftig geregelt und somit der Auslegung besonders großer Spielraum gelassen ist.

95) Vgl. Reichel in der Festgabe für R. Stammler S. 309.

§ 6. Das Zustandekommen des Hauptvertrages.

Erste Voraussetzung für den Lohnanspruch des Maklers, und zwar auch im Falle des bloßen Nachweismaklers ist also das Zustandekommen des Hauptvertrages. Bei der Prüfung dieser Voraussetzung müssen wir zunächst von den allgemeinen Regeln über das Zustandekommen von Verträgen ausgehen, dabei aber beachten, daß das Verhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Vertragskontrahenten nicht so wesentlich ist wie das Verhältnis zwischen dem Makler und seinem Auftraggeber. Die Frage muß also genau lauten: „Wann gilt der Hauptvertrag als zustande gekommen im Verhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Makler?" 96)

Zunächst genügt es gewiß nicht, daß der Makler dem Auftraggeber einen zum Abschluß bereiten Vertragskontrahenten zugeführt, der auch bereit und solvent genug ist, den vom Auftraggeber angestrebten Vertrag zu erfüllen. Der Auftraggeber kann seine Zustimmung jederzeit verweigern. Es steht — mangels einer besonderen, sei es ausdrücklichen, sei es aus den Umständen sich ergebenden abweichenden Vereinbarung 97) — bis zum letzten Augenblick ganz im Belieben des Auftragsgebers, ob er den Vertrag, zu dessen Abschluß der Makler die Gelegenheit nachgewiesen oder dessen Vermittlung er besorgt hat, abschließen will oder nicht. 98) Dies ist jedoch nicht unbestritten. Einige Schriftsteller 99) sind der Meinung, der Auftraggeber dürfe den Abschluß eines ihm günstigen Vertrages nicht aus reiner Willkür verweigern. Das verstoße gegen Treu und Glauben und gebe dem Makler gleichwohl den Anspruch auf die Provision.

Zur Begründung dieser Ansicht beruft man sich einmal auf § 324 B.G.B.: 100) „Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teil obliegende Leistung infolge eines Umstandes, den der andere Teil zu vertreten hat, unmöglich, so behält er den Anspruch auf die

---

96) Reichel S. 1 ff.

97) R. G. Band 95 S. 137 Band 101 S. 211, J. W. 1905 S. 339.

98) Planck 3b zu § 652 B.G.B., Oertmann 2a zu § 652 B.G.B. R.G. Band 47 S. 255, J. W. 1911 S. 758 O.L.G. Band 22 S. 319; vgl. auch Motive II S. 512.

99) Crome S. 418 Lotmar I S. 285, Mayer S. 19 vgl. auch O.L.G. Band XII S. 89.

100) Lotmar a. a. O., Crome a. a. O.

Gegenleistung." Lotmar und Crome kommen zu dieser Argumentation in konsequenter Durchführung ihrer Ansicht, daß der Maklervertrag auf Seiten des Maklers in jedem Falle eine Tätigkeitspflicht zur Folge habe. Schon oben (S. 12 ff.) ist dieser Standpunkt abgelehnt und gesagt worden, daß für den Makler notwendig nur eine Treupflicht bestehe. Mithin ist § 324 B.G.B. unanwendbar. 101) Außerdem weist Rospatt 102) mit Recht darauf hin, daß durch die Konsensverweigerung ja nicht die Leistung des Maklers unmöglich gemacht werde, sondern der Erfolg, zu dessen Erreichung die Leistung dienen sollte.

Sodann beruft sich insbesondere Mayer 103) auf die Vorschrift des § 162 Abs. 1 B.G.B. Diese Gesetzbestimmung ist aber nicht anwendbar, da es sich hier um eine reine Willkürbedingung handelt. Der Auftraggeber verspricht dem Makler den Lohn unter der Bedingung, daß er den vermittelten Vertrag demnächst abschließen werde. Der Makler weiß von vornherein, daß der Auftraggeber darin freie Hand hat, und er muß immer damit rechnen, daß derselbe nicht abschließt, woraus sich die Unmöglichkeit ergibt, daß vom Makler der Eintritt dieser Bedingung wieder Treu und Glauben verhindert werde. Im Falle von reinen Willkürbedingungen wie bei § 652 B.G.B. ist für die Anwendung des § 162 Abs. 1 B.G.B. eben kein Raum. 104)

Für äußerst schwere Fälle bleibt dem Makler nur die Klage aus § 826 B.G.B., wenn z. B. der Auftraggeber dem Makler die Vermittlung zum Abschluß eines Vertrages aufträgt, den er nie abschließen will, nur in der Absicht, den Makler zu schädigen und ihm unnütz Mühe und Kosten zu machen; oder wenn er längst anderweitig abgeschlossen hat und nun den Makler noch weiter arbeiten läßt, um sich über die Verhältnisse auf dem Markt zu orientieren. 105) In solchen Fällen ist der Auftraggeber zum Schadenersatz verpflichtet. Dieser Schaden besteht aber meistens nicht — wie Reichel 106) zugegeben werden muß — in dem Ausfall der Provision, sondern in den unnötig vergeudeten Kosten und dem etwaigen Erwerbsverlust des Maklers.

Der Hauptvertrag muß in der Form zustande gekommen sein, wie ihn das Gesetz für den einzelnen Fall vorschreibt (§ 125 B.G.B.), denn der Abschluß desselben muß derartig perfekt geworden sein, daß die Erfüllung des vermittelten Geschäfts durch Klage erzwungen werden kann. Bei Immobilienverträgen muß mithin die Form des § 313 B.G.B. erfüllt sein. 107) Wird aber der Formmangel durch nachträg-

---

101) Doerr S. 633.

102) a. a. O. S. 548.

103) a. a. O. S. 26 ff.; ebenso Lotmar S. 285.

104) R.G. Band 53 S. 257. R.G.R.K. Anmerk: 2 zu § 162 B.G.B. Gaus S. 85, Dannenberg S. 33 ff.

105) Oertmann 2a zu § 652 B.G.B.

106) a. a. O. Seite 11.

107) Vgl. Anlage A, wonach der Lohn fällig wird bei notarieller Verbriefung.

liche Erfüllung geheilt, so ist damit der Maklerlohn verdient (§ 313 Satz 2 B.G.B.) 108) Auch die etwaige erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts muß vorliegen, damit der Vertrag zustande gekommen ist; das Gleiche gilt, wenn die landrätliche Genehmigung für den vermittelten Grundstückskaufvertrag nicht erfolgt. 109) Auch bei sogenannten Schwarzverkäufen besteht überhaupt kein Anspruch auf Provision, solange der Kaufvertrag nicht die erforderliche behördliche Genehmigung gefunden hat. 110) Anders dagegen ist es bei fehlender Genehmigung des Ehemannes; denn im letzteren Falle ist der Vertrag nicht nichtig, sondern das Fehlen der Genehmigung hindert hier lediglich die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Ehefrau.

Es muß der Hauptvertrag zustande gekommen sein. Der Abschluß eines Vorvertrages kann im allgemeinen nicht genügen, es sei denn, daß sich aus Inhalt und Zweck des Vertrages ein anderes ergibt. Beim Darlehen, um den meist behandelten Fall zu nennen, ist der Hauptvertrag erst mit der Hingabe des Darlehens zustande gekommen und nicht schon mit dem Abschluß des „pactum de mutuo dando". Denn das Darlehen ist Realvertrag. Es kann daher nicht eher von dem Zustandekommen des Vertrages gesprochen werden, als bis die Darlehensvaluta ausbezahlt ist. 112) Für diese Auslegung spricht auch die vermutliche Absicht der Parteien. Eine Abweichung von dieser Regel ist vertraglich durchaus möglich, kann sich aber auch aus abweichenden Handelsbräuchen ergeben. So ist z. B. für Berlin anerkannt, daß im dortigen Grundstücks- und Hypothekenverkehr der Provisionsanspruch schon mit dem rechtsverbindlichen Abschluß des Vertrages über Hingabe und Annahme des Kapitals entstanden sei. 113)

Der Hauptvertrag muß nicht nur formell, sondern auch materiell rechtsgültig sein. Natürlich kommt es darauf an, ob der Vertrag objektiv rechtswirksam abgeschlossen ist. Nehmen die Parteien von der Erfüllung des Geschäftes Abstand, weil sie den abgeschlossenen Vertrag irriger Weise für nicht rechtsgültig halten, so ist die Provision gleichwohl

---

108) Vgl. auch §§ 110, 125 Abs. 2. 141, 147, 185 B.G.B.

109) R. G. in J. W. 1926 S. 2621. Bis zur Erteilung einer solchen Genehmigung können die Parteien auch noch ohne Provisionspflicht den Vertrag rückgängig machen. L. Z. 1927 S. 449. Vgl. auch Soergel 1927 S. 142.

110) Oppenheim in G. W. 1927 S. 125.

111) O.L.G. Band IV S. 240. Staub Vorbem. 21 zu § 93 B.G.B.

112) R. G. Band 39 S. 230, Warnemeyer 1919 S. 115, Enneccerus I 2 S. 418, 465. Staub Vorbem. 22 vor § 93 H.G.B. A. A. Düringer-Hachenburg Anmerk. 5 zu § 99 H.G.B. und besonders eingehend Reichel S. 17 ff., da sie das Darlehen zu den Konsensualverträgen rechnen.

113) R. G. in J. W. 1912 S. 240.

verdient. 114) Der Hauptvertrag darf daher kein Scherz-, kein Scheingeschäft, kein strafrechtlich verbotenes, sittenwidriges oder wucherisches Geschäft sein, weil es in allen diesen Fällen nichtig ist.

Dagegen schadet die Anfechtbarkeit des Vertrages nicht, denn es steht ja ganz im Belieben der anfechtungsberechtigten Partei, ob sie anfechten will oder nicht. Unter diesem Schwebezustand aber darf der Makler nicht leiden, es sei denn, daß ihm der Anfechtungsgrund bei Abschluß des Vertrages bekannt war oder er ihm gar selbst verschuldet hat. Ist aber der Vertrag rechtswirksam angefochten, so ist er gemäß § 142 Abs. I B.G.B. als von Anfang an nichtig anzusehen. Damit entfällt der Lohnanspruch des Maklers. Hat er nun seinen Maklerlohn schon bekommen, als das Geschäft noch nicht angefochten war, so ist er jetzt zur Herausgabe des Erhaltenen nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812 ff B.G.B.) verpflichtet. Es macht keinen Unterschied, ob der Auftraggeber die Anfechtbarkeit selbst durch Arglist verschuldet hat oder ob sie sich auf ein Verhalten des Dritten stützt; denn die Arglist des Auftraggebers richtete sich nicht gegen den Makler, sondern gegen den Dritten. Bei Versagung oder Zurückforderung des Lohnes beruft sich daher der Auftraggeber nicht auf die Arglist, sondern darauf, daß der Vertrag gar nicht zustande gekommen sei (§ 142 B.G.B.). 115)

Was bezüglich der Anfechtung gilt, ist auch bei Rückgängigmachung durch Wandlung anzunehmen, wenn diese erfolgt, weil der Mangel schon bei Abschluß des Vertrages vorhanden war. Denn wirtschaftlich kommt es auf das Gleiche hinaus, wenn auch die rechtliche Wirkung in dem einen Falle dinglichen, im anderen Falle obligatorischen Charakter trägt.

Der Hauptvertrag muß ferner endgültig geschlossen sein. Das B.G.B. regelt nur den Fall, in dem der Hauptvertrag unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen ist. Dann kann der Maklerlohn erst verlangt werden, wenn die Bedingung eingetreten ist (§ 652 Abs. I Satz 2 B.G.B.). Dies ergibt sich folgerichtig aus § 158 Abs. I B.G.B. Tritt die aufschiebende Bedingung nicht ein, so hat der Makler auch keinen Anspruch auf seinen Lohn. Hier jedoch ist § 162 B.G.B. anwendbar, denn hier steht nicht das Vertragsverhältnis des Auftraggebers zum Makler, sondern das Verhältnis des Auftraggebers zu dem Dritten in Frage. Hat daher der Auftraggeber den Eintritt der Bedingung

---

114) L. Z. 1914 S. 678

115) So Enneccerus I 2 S. 465. Planck 3b zu § 652 B.G.B. R. G. Band 76, S. 355 f., L. Z. 1920 S. 758 f., a. A. Heymann S. 417, Reichel S. 37 f., Mayer S. 52, de Roche S. 67. Vgl. auch Bondi in L. Z. 1914 S. 1010 ff., der unterscheiden will, ob die Täuschung vom Auftraggeber direkt gegenüber dem Dritten erfolgte oder durch den Makler, sodaß auch dieser getäuscht wurde. Nur im letzteren Falle soll dem Makler der Lohn zukommen.

wider Treu und Glauben verhindert, so gilt die Bedingung als eingetreten, der Maklerlohn ist zu zahlen. 116)

Die Behandlung der resolutiv bedingten Geschäfte ist vom Gesetz nicht geregelt. Man könnte daraus schließen, daß die Provision bei den auflösend bedingten Geschäften sofort mit Abschluß des Geschäftes fällig sein sollte. Bei der auflösenden Bedingung ist der Vertrag zunächst jedenfalls sofort wirksam, woraus sich die ausdrückliche Regelung der aufschiebenden Bedingung erklären könnte. Da aber oft rein zufällig statt der aufschiebenden Bedingung die auflösende genommen ist, so erklären viele Schriftsteller 117) — und auch die Praxis 118) steht zum Teil auf diesem Standpunkte — daß die Provision zwar mit Abschluß des Geschäftes zu zahlen sei, daß aber mit dem Eintritte der Bedingung der Lohnanspruch wegfalle. Der Auftraggeber könnte dann die gezahlte Provision nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812 ff. B.G.B.) zurückverlangen. Andere 119) aber stehen auf dem Standpunkte, daß der Makler mit der Vermittlung des auflösend bedingten Vertrages alles getan habe, was der Auftraggeber von ihm verlangte. Man könne also nicht den Makler verpflichten, vielleicht noch nach langer Zeit die Provision zurückzubezahlen. Das entspräche nicht den Bedürfnissen des Verkehrs und wohl kaum der Absicht der Parteien. Richtig erscheint uns nur die von Reichel 120) begründete Mittelmeinung. Darnach ist der Maklerlohn zwar sofort mit Abschluß des Vertrages fällig, jedoch beim Eintritt der Bedingung grundsätzlich zurückzuzahlen. Davon aber gibt es eine wichtige Ausnahme: „Ist der bedingte Vertrag trotz Bedingungseintritts als ein hinreichend taugliches Mittel der vom Auftraggeber erstrebten Zweckerreichung anzusehen, so ist die Rückforderung der Provision ausgeschlossen." 121) Ein Beispiel: Ein Darlehenssucher A macht mit dem Darlehensgeber B aus, der Darlehensvertrag solle hinfällig sein, wenn er und sobald er — A — seine Tante beerben sollte. Die Tante stirbt zwei Tage darauf und hinterläßt den A als Alleinerben. Es erhellt, daß es in solchem Falle ungerechtfertigt wäre, dem Makler für die Vermittlung des Darlehens seinen Lohnanspruch zu versagen, da der Zweck ja voll erreicht ist. Ist der Vertrag durch den Eintritt der Bedingung wertlos oder stark minderwertig

---

116) R. G. Band 79 S. 96.

117) Staudinger Anmerk. III 3b zu § 652 B.G.B., Riesenfeld in Gruchot Band 37 S. 543, Doerr S. 638 f., Mayer S. 49.

118) D.J.Z. 1904 S. 822, L. Z. 1918 S. 461.

119) Planck 3b zu § 652 B.G.B., Oertmann 2a zu § 652 B.G.B., Düringer-Hachenburg 3 zu § 99 H.G.B.; ferner aus der Praxis O.L.G. Band 22 S. 320, Band 28 S. 196, Band 32 S. 310, Seuff Arch. Band 73 S. 160.

120) a. a. O. S. 54 f. und ihm folgend Enneccerus S. 465, Heymann S. 419, Gierke S. 714.

121) Reichel S. 54.

geworden, so entfällt der Lohnanspruch. Dann kann der Auftraggeber die dem Makler gezahlte Provision zurückfordern. In all diesen Fällen ist aber immer zu untersuchen, ob wir es wirklich mit einer auflösenden Bedingung zu tun haben, oder ob es sich nur um eine falsch bezeichnete aufschiebende Bedingung handelt. In letzterem Falle ist die Provision erst mit Eintritt der Bedingung fällig.

Dieselben Streitfragen tauchen bei einem Hauptvertrage mit vertragsmäßigem Rücktrittsrechte auf. Die Ausübung eines gesetzlichen Rücktrittsrechts macht den Maklerlohn nicht hinfällig. Denn das ges. Rücktrittsrecht hat seinen Rechtsgrund nicht in einer den rechtswirksamen Abschluß hindernden Vertragsklausel, sondern darin, daß der Vertrag von der anderen Seite nicht erfüllt wurde, während der Vertrag selbst von beiden Seiten rechtswirksam abgeschlossen war. (§§ 280, 325 ff. B.G.B.) Der Provisionsanspruch knüpft sich aber an den Abschluß des Vertrages und nicht an die später eintretenden Wirkungen und an seine Erfüllung. Bei dem vertraglichen Rücktrittsrecht wird man aber sagen müssen, daß der Lohnanspruch mit Ausübung des Rücktrittsrechts nicht mehr verdient ist, also nicht bezahlt zu werden braucht oder zurückgefordert werden kann. Vorausgesetzt ist aber, „daß nicht etwa der Vertrag gerade so, wie er geschlossen ist, also mit der Rücktrittsklausel vertragsmäßig das durch die Tätigkeit des Maklers zu erreichende Resultat bildete." 122) Dabei ist es gleichgültig, ob die Rücktrittsklausel zu Gunsten des Auftraggebers oder zu Gunsten des Gegners aufgenommen ist und von welcher Partei dies Recht ausgeübt wird. Der Grund, weshalb der Lohn nicht verdient ist, ist eben der, daß der gewollte und angestrebte Vertrag noch nicht vollständig zustande gekommen ist. Denn dadurch, daß der Auftraggeber sich den Rücktritt vorbehält, erklärt er ja gerade ausdrücklich, daß der Vertrag so wie er bis dahin geschlossen ist, die Erfüllung seines mit dem Auftrage verfolgten Zweckes noch nicht darstellt. Gegen diese Auffassung schlägt das Bedenken, das besonders Planck 123) in der Bestimmung des § 361 B.G.B. erblickt, nicht durch. Auch nach dieser Meinung soll bei den Fixgeschäften (§ 361 B.G.B.) die Provision endgültig mit Abschluß des Vertrages verdient sein. Zwar ist es wohl richtig, daß es sich hier um ein vertragliches Rücktrittsrecht handelt. Jedoch ist hier als Wille der Parteien anzunehmen, — und auch bei dieser Auslegung ist natürlich auf die Verkehrssitte Rücksicht zu nehmen — daß der Lohn schon mit dem Abschlusse des bedingten Vertrages ver-

---

122) Rospatt S. 555, ähnlich Reichel S. 59 ff., Heyman S. 420, a. A. Riesenfeld Band 37 S. 534/35, Planck 3b zu § 652 B.G.B, Oertmann 2a zu § 652 B.G.B., R.G.R.K. 3 zu § 652 B.G.B., Staub Vorbem. 30 zu § 93 H.G.B., ferner L. Z. 1915 S. 504, Seuff. Arch. Band 40 S. 25, die annehmen, daß der Maklerlohn trotz Rücktritts immer verdient bleibe, während Staub in 6.—9. Auflage, Mayer S. 50, Seuff. Arch. Band 50 S. 23 den Makler bei Ausübung des Rücktrittsrechts immer zur Rückzahlung des Lohnes für verpflichtet halten.

123) a. a. O.

dient sein soll. Die gesetzlichen Bestimmungen haben nur subsidiären Charakter, und in erster Linie ist der Wille der Parteien maßgebend. Auch ergibt sich hier die Berechtigung zum Rücktritt aus der nicht rechtzeitigen Erfüllung des Vertrages, während maßgebend für den Provisionsanspruch nur der Abschluß ist. Es ist also grundsätzlich anzunehmen, daß bei solchen Geschäften das eigentliche Ziel der Maklertätigkeit der Abschluß des Fixgeschäftes ist. Und auf diese Zweckerreichung kommt es wesentlich an. 124)

Wie nun der Makler keinen Lohnanspruch hat, wenn der Hauptvertrag aus irgendwelchen Gründen, z. B. weil es sich um ein Scheingeschäft handelt, nichtig ist, so ist ihm andererseits der Lohn nicht zu versagen, wenn der Auftraggeber nur zum Schein die Dienste des Maklers nicht annimmt und keinen Vertrag schließt, oder wenn er einen bereits geschlossenen Vertrag zum Schein wieder aufhebt, denn in solchen Fällen sind die Voraussetzungen des § 652 B.G.B. erfüllt.

Wir haben schon mehrfach gesagt, daß der Abschluß des Hauptvertrages zur Begründung des Provisionsanspruchs genüge, die Erfüllung desselben aber nicht erforderlich sei. Gegen diese Auffassung hat sich insbesondere Mayer 125) gewendet,. Er will den § 88 H.G.B. auf den Makler analog anwenden. Denn der einzige Unterschied zwischen Makler und Agent bestehe darin, daß der Agent zu seinem Auftraggeber in einem ständigen Vertragsverhältnis stehe. Es sei aber nicht richtig, deswegen anzunehmen, der Agent verdiene mehr, da er mehr Geschäfte zum Abschluß bringe, und könne daher auch eher das Risiko der Erfüllung auf sich nehmen. Denn die Provision des Agenten sei bedeutend niedriger als die oft übermäßig hohe des Maklers. Es haben sich daher auch zum Teil Handelsbräuche des Inhaltes gebildet, daß § 88 H.G.B. analog auf den Makler anzuwenden sei. Im übrigen würden auch die Bezeichnungen „Agent", „Handelsmakler", Zivilmakler" usw. oft in durchaus demselben Sinne gebraucht, sodaß in der Tat ein praktischer Unterschied kaum noch bestehe. Es mag richtig sein, daß sich zum Teil ein Handelsbrauch des vorgemeinten Inhalts gebildet hat. Handelsbräuche aber sind auf den Bezirk oder die Branche zu beschränken, für die sie gelten. Die Geschichte des Maklervertrages jedoch spricht für die herrschende Auffassung 126), und auch die Billigkeit rechtfertigt eine Analogie des § 88 H.G.B. nicht. Denn die hohe Provision, die der Makler im einzelnen Falle verdienen mag, dient nach allgemeiner Auffassung zur Kompensation mancher nutzloser Aufwendungen und Bemühungen. Daneben kann man dem Makler nicht auch noch das Risiko der Erfüllung des Vertrages aufbürden. 127)

---

124) Enneccerus S. 465.

125) a. a. O. S. 53 ff., billigend Meyerstein S. 248, dagegen insbesondere Reichel S. 66, Heymann S. 414.

126) Vgl. Riesenfeld in Gruchot Band 37 S. 530 ff.

127) R. G. Band 95 S. 134, L. Z. 1914 S. 678, J. W. 1920 S. 34.

Auch hier handelt es sich um dispositives Recht. Gewiß kann der Lohnanspruch vereinbarungsgemäß von der Ausführung des Hauptvertrages abhängig gemacht werden. Eine solche Vereinbarung ist z. B. in der Formel „nach glatter Abwickelung des Geschäftes" zu erblicken. 128) Wenn der Anspruch von der Erfüllung des Geschäftes abhängig gemacht ist, so hat der Geschäftsherr keine Verpflichtung, das Geschäft zu erfüllen, sondern er hat dem Makler gegenüber darin freie Hand. Wenn z. B. der Auftraggeber dem vermittelten Dritten die verkaufte Ware angeboten, ihm dann Nachfrist gesetzt und dann anderweitig verkauft hat, so ist der Lohn nicht verdient. Der Auftraggeber braucht also nicht etwa auf Erfüllung zu klagen. 129) Dabei muß es gleichgültig sein, aus welchen Gründen der Auftraggeber die Klagerhebung unterläßt. Ja, in den meisten Fällen wird er gerade deswegen nicht Klage erheben, weil er die Ware wegen eingetretener Preissteigerung teuerer anderweit verkaufen kann. Sogar wenn der Auftraggeber selbst den Vertrag nicht rechtzeitig erfüllt und der Dritte darauf vom Vertrage zurücktritt, so ist die Provision nur verdient, wenn dem Auftraggeber ein Verstoß gegen Treu und Glauben zu dem Zwecke, dem Makler den Lohnanspruch vorzuenthalten, zur Last fällt. 130)

Häufig werden auch Wein- oder Bierlieferungsverträge vermittelt, durch die der eine Teil zur Entgegennahme seines Bedarfs an Wein oder Bier für seinen Wirtschaftsbetrieb auf eine gewisse Zeit — fünf oder zehn Jahre — verpflichtet wird. Ein solcher Vertrag selbst ist noch kein provisionspflichtiges Geschäft, sondern provisionspflichtig sind auf Grund eines bestehenden Handelsbrauchs erst die einzelnen Lieferungen. 131)

---

128) Werneburg in G. E. S. 181.

129) O.L.G. Band 34 S. 51, R. G. Band 95 S. 134, L. Z. 1915 S. 504, vgl. auch R. G. Band 115 S. 267.

130) J. W. 1916 S. 1585, R. G. Band 95 S. 137, Oppenheim in G. W. 1927 S. 114.

131) Staudinger III 1f zu § 652 B.G.B.

§ 7. Die Identität des in Auftrag gegebenen und des abgeschlossenen Vertrages.

Der abgeschlossene Vertrag muß ferner derselbe sein, dessen Vermittlung oder Nachweisung der Auftraggeber dem Makler aufgetragen hat; d. h. er muß mit dem angestrebten Vertrage identisch sein.

Reichel 132) verwahrt sich dagegen, daß man hier von Identität spreche. Denn von der Identität zweier Gegenstände könne nur gesprochen werden, wenn beide individuell bestimmt seien, da Identität Uebereinstimmung der sämtlichen Merkmale bedeute. Wenn also einer der beiden Gegenstände nicht der Individualität, sondern nur der Gattung nach bestimmt sei, so könne von Identität nicht mehr gesprochen werden. Und dies treffe fast immer beim Maklervertrag zu. Denn es sei äußerst selten, daß der Auftraggeber seinem Makler genau Subjekt, Objekt, Inhalt und Modalitäten des zu vermittelnden Vertrages bestimme, sondern in der Regel bezeichne der Auftraggeber den Vertrag nur der Gattung nach. Also könne man hier nur von „Uebereinstimmung nämlich in Ansehung der Gattungsmerkmale" reden. Dieser Ansicht ist jedoch entgegenzuhalten 133), daß es sich bei der Frage nach der Identität nicht um absolute Identität wie bei der mathematischen Formel a = a handelt, sondern es haben, wenn im Rechtsleben die Frage der Identität aufgeworfen wird, stets irgendwelche Veränderungen stattgefunden. Das gilt selbst für die einfachsten und gewöhnlichsten Fälle der Personen- und Sachidentität, da, soweit es auf den Leib oder den Stoff ankommt, selbst von heute auf morgen Veränderungen vorgegangen sind."

Die Frage der Identität spielt nicht nur beim Maklervertrag eine Rolle, sondern ist auch in anderen Fällen, z. B. bei der Frage der Spezifikation (§ 950 B.G.B.) und bei der Klageänderung (§§ 264 ff. Z.P.O.) und im Strafrecht bei der Anwendung des Grundsatzes „Ne bis in idem" von großer Bedeutung. In allen diesen Fällen ist die Frage nach der Identität verschieden zu beantworten. Denn es gibt kein Prinzip, „nach dem die Identität oder Nichtidentität an sich und für alle Fälle festgestellt werden könnte. Bei der Rechtsanwendung muß, soweit Identität oder Nichtidentität in Frage steht, stets der einzelne Fall ins Auge gefaßt werden. Ergibt sich hier, daß in der Tat die bloße Identität oder Nichtidentität ohne irgend eine nähere Bestim-

132) a. a. O. S. 89 ff.

133) Fischer S. 5 ff.

mung, aber doch in einem relativen Sinne ein wesentliches Tatbestandsmoment der Rechtsnorm bildet, so ist die Rechtsnorm streng genommen unausführbar. Nur dadurch läßt sich dieselbe aufrecht erhalten, daß ihr Zweck aufgesucht und die zweckmäßige Voraussetzung für den Eintritt der Rechtswirkung ermittelt und im Einzelfalle erfordert wird." 134)

Also fragen wir hier: Wann liegt Identität als Voraussetzung für den Provisionsanspruch nach § 652 B.G.B. vor?

Zweierlei unterscheiden wir bei dem zustande gekommenen Vertrage, die juristische Form und den wirtschaftlichen Erfolg. Kann eines dieser beiden Merkmale für die Frage nach der Identität ausschlaggebend sein?

Die juristische Form jedenfalls nicht: A will sein braunes Pferd gegen den Schimmel des B vertauschen und betraut den M mit der Vermittlung dieses Vertrages. M bringt den Tausch nicht zustande, er bringt jedoch einen Käufer C, der das Pferd des A für Mk. 1500.— kauft, während B, den M ebenfalls beigebracht hat, dem A sein Pferd für Mk. 1300.— verkauft. Statt eines Tausches sind zwei Kaufverträge zustande gekommen und gleichwohl ist nicht zweifelhaft, daß der M die Provision verdient hat. 135) Und umgekehrt: A gibt dem M den Auftrag, den Kauf eines Schimmels zu vermitteln. Zustande kommt ein Hauskauf. Ein Kauf war aufgetragen, ein Kauf ist auch abgeschlossen, und doch wird es niemandem fraglich erscheinen, daß der abgeschlossene Vertrag vom aufgetragenen abweicht, nicht identisch ist. Auch sonst wird leicht der Verkauf den Tausch ersetzen können, aber nicht so leicht umgekehrt der Tausch den Verkauf. 136) Die angestrebte Fusion einer Gesellschaft mit einem finanzkräftigeren Unternehmen kann unter Umständen ersetzt werden durch ein Darlehen, das der Auftraggeberin die erstrebte finanzielle Bewegungsfreiheit gewährt. 137) So kann auch ein Gesellschaftsvertrag ein Darlehen, oder ein Gesellschaftsvertrag einen Dienstvertrag ersetzen und umgekehrt, „denn auf den vom Auftraggeber gewollten wirtschaftlichen Zweck ist das entscheidende Gewicht zu legen —" Sehr häufig überlassen es auch die Parteien dem Makler, für den angestrebten wirtschaftlichen Erfolg die richtige juristische Form zu finden oder aber sie bezeichnen diese Form ganz falsch.

Also kann die juristische Gestaltung für die Frage der Identität nicht maßgebend sein und das Aufschlagen „der herkömmlichen Kategorientafel der benannten und unbenannten Verträge" 138) führt uns nicht zum Ziele. Dann kommt es gewiß *allein* auf den wirtschaftlichen Erfolg an?

Das Reichsgericht verneint die Frage, denn es bestehe kein Rechtssatz des Inhalts, daß der Maklerlohn gezahlt werden müsse, wenn

134) Fischer S. 73 f., Heymann Dogmat. Jahrb. Band 75 S. 429.

135) Bayer. O.L.G. im Recht 1913 Nr. 1122.

136) O.L.G. Kiel in Seuff. Archiv Band 43 S. 162.

137) R. G. in L. Z. 1925 S. 1272.

138) Reichel S. 90.

dasjenige wirtschaftliche Ergebnis durch den wesentlichen Inhalt des abgeschlossenen Vertrages erreicht sei, dessen Herbeiführung den Zweck des Maklervertrages, das Ziel der Maklertätigkeit habe bilden sollen. 139) Das ist richtig, denn Zweck und Form eines Rechtsgeschäfts sind voneinander untrennbar, „sodaß die Wesensgleichheit der Geschäfte nicht bloß auf dem wirtschaftlichen Zweck, sondern gleichzeitig auf dem zu verwendenden technischen Mittel ruht." 140) Für die Gleichheit der Rechtsform genügt eine im wesentlichen gleichartige Gestaltung. Es gibt aber auch Fälle, z. B. Börsengeschäfte, wo ein Ersatz durch andere Rechtsformen nicht angängig ist. 141)

Von den beiden genannten Faktoren ist nun dem wirtschaftlichen Erfolge die ausschlaggebende Bedeutung beizumessen. Weniger auf die juristische Gestaltung als auf den wirtschaftlichen Erfolg kommt es an. 142) Es ist mit anderen Worten die „teleologische Aequivalenz", die „Zweckgleichartigkeit" ausschlaggebend. 143) Der Auftraggeber hat den Lohn versprochen für den Vertrag, der tauglich ist, den erstrebten Enderfolg herbeizuführen.

Für die Beurteilung der Zwecktauglichkeit kommt es in erster Linie auf den Zweck an, den der Auftraggeber ersichtlich mit dem Vertrage erstrebte. Hat der Auftraggeber diesen Zweck verschwiegen, konnte ihn also der Makler nicht kennen, so bleibt die Nichterreichung dieses im Geheimen verfolgten Zwecks für den Makler ohne Nachteil. Es entscheidet in solchem Falle die Auffassung der vernünftig denkenden Menschen darüber, ob der Zweck des Vertrages erreicht ist. Aber auch wenn der Auftraggeber etwas Unmögliches durch den Vertrag erreichen wollte, so muß dies außer Betracht bleiben, sofern der Makler diese Ziele des Auftraggebers weder kannte noch kennen mußte. Letzteren Falls nämlich kannte der Makler oder mußte er ja selbst die Aussichtslosigkeit seines Bemühens kennen. Ist der Zweck, den der Auftraggeber verfolgt, unsittlich oder verstößt er gegen ein gesetzliches Verbot, so ist der Maklervertrag nichtig, die Maklerprovision kann nicht verlangt werden. Reichel 144) nimmt an, daß in solchem Falle der Maklerlohn auch dann verdient sei, wenn der sittenwidrige Zweck nicht erreicht, im übrigen aber der Vertrag dem angestrebten entsprechend abgeschlossen sei. Er bildet dafür folgendes Beispiel: A wünscht einen Möbelwagen zu kaufen, dieser müsse aber doppelte Wände haben (A wünscht darin Sa-

139) R. G. im Recht 1903 S. 504.

140) Heymann S. 421.

141) Heymann a. a. O.

142) R. G. in L. Z. 1911 S. 547.

143) Reichel S. 92 ff., Kohler S. 376 sagt: „Kommt statt des im Maklervertrag vorbehaltenen Geschäfts ein anderes zustande, dann ist das „Werk" als gewollte Folge des Maklervertrages anzunehmen, sofern es zwischen den Parteien als Gleichwert gilt oder gutgläubig zu gelten hat."

144) a. a. O. S. 95.

charin zu schmuggeln). Zustande kommt der Kauf eines Möbelwagens mit einfachen Wänden; Reichel billigt für diesen Fall die Provision zu, weil der Zweck, Sacharin zu schmuggeln, anstößig und daher unbeachtlich sei. Demgegenüber ist zu sagen, daß für die Beurteilung, ob Nichtidentität oder Identität vorliegt, nur der nächst erkennbare Geschäftszweck maßgebend sein kann, nicht aber der Endzweck, den der Auftraggeber damit verfolgt. Dieser Geschäftszweck, nämlich die Absicht, einen Möbelwagen mit doppelten Wänden zu kaufen, hat aber nichts Sittenwidriges an sich. Die Provision kann also auch nur verdient sein, wenn der Makler einen Möbelwagen mit doppelten Wänden vermittelt. 145) Kennt der Makler aber die Absicht des Auftraggebers und weiß er, daß der Zweck, Sacharin zu schmuggeln, für den Maklervertrag wesentlich ist, dann ist der Vertrag nicht anders zu beurteilen, als ein Maklervertrag, der den Kauf eines Bordells bezweckt: Er ist nichtig. Eine Provision ist also auch wegen mangelnden Provisionsversprechens nicht zu zahlen. 146)

Das Erfordernis, das hier aufgestellt ist, darf aber keineswegs zu streng beurteilt werden. Es ist nicht der Zweck des Gesetzes, dem Makler nur dann den Lohn zu gewähren, wenn der Hauptvertrag in allen vorher bestimmten Einzelheiten zustande kommt, oder wenn das angestrebte Ziel vollkommen erreicht ist. Als Grundsatz muß gelten: 147) „Der Anspruch auf Provision kann nicht davon abhängen, ob das Geschäft ganz nach den ursprünglich geplanten Einzelheiten oder unter Mitwirkung der ursprünglich ins Auge gefaßten Personen zustande kam, wenn nur das beabsichtigte Unternehmen als solches in seiner Wesenheit gelungen und der Zweck der Unternehmung erreicht ist." Auf diesem Standpunkte steht auch die Rechtsprechung, und das Reichsgericht hat ihn in wiederholten Entscheidungen zur Geltung gebracht. 148)

Die Anwendung dieses Satzes macht nun in den einzelnen Fällen erhebliche Schwierigkeiten. Jedoch lassen sich engere Regeln, die seine Anwendung erleichtern, nur im beschränkten Maße aufstellen. Es ist von Fall zu Fall nach dem Inhalte des einzelnen Maklervertrages zu prüfen, was für den Abschluß des Hauptvertrages wesentlich ist, und inwieweit eine Abweichung nicht schadet. Soviel ist jedenfalls sicher, daß der Maklerlohn dann verdient ist, wenn der abgeschlossene Vertrag gegenüber dem angestrebten Vertrage der bessere ist. 149) Ist z. B. dem Makler von einem Kreditsuchenden die Vermittlung eines Darlehens zu 8 Prozent Jahreszinsen aufgetragen und der Makler vermittelt ein solches zu 7 Prozent, so ist seine Provisionswürdigkeit gewiß nicht zweifelhaft. Denn der Auftraggeber hat in solchem Falle nur die obere Grenze des Zinssatzes angeben wollen.

---

145) Meyerstein S. 250.

146) Brimer S. 19, Planck Vorbem. V 1b zu § 652 B.G.B.

147) Staub Vorbem. 33 zu § 93 H.G.B. O.L.G. Band VIII S: 76.

148) Vgl. z. B. J. W. 1894 S. 200, 1916 S. 1474, L. Z. 1925 S. 1272, Soergel 1928 S. 136, Warnemeyer 1925 Nr. 80.

149) Vgl. Cahn S. 17 f.

Es ist überhaupt in jedem einzelnen Falle genau zu prüfen, ob der Auftraggeber dem Makler mit der Angabe solcher Bedingungen, unter denen der Hauptvertrag abgeschlossen werden soll, nur eine allgemeine und tunlichst zu beachtende Richtschnur geben will — wie es ja häufig vorkommt — oder ob damit ein Limit gegeben sein soll. Begehrt z. B. der Auftraggeber ein Darlehen von Mk. 200 000.— und erhält er ein solches von Mk. 190 000.—, so wird man im Zweifel annehmen dürfen, daß ihm auch mit diesem Darlehen geholfen sei. Man wird aber dann dem Makler auch den prozentualen Lohn zusprechen müssen. 150) Oder wenn der Auftraggeber sein Gut für Mk. 290 000.— verkaufen wollte, während der Makler einen Vertrag mit einem Kaufpreise von Mk. 280 000.— zustande bringt, besteht kein Bedenken, dem Makler seinen Lohn vom erzielten Kaufpreise zuzuerkennen. Denn man darf im allgemeinen nicht voraussetzen, daß der Auftraggeber sein Gut so genau eingeschätzt hat, daß er die angegebene Summe unbedingt als den richtigen Kaufpreis ansieht und bei Auftragserteilung nur bei Erzielung dieser Summe die Maklerprovision für gerechtfertigt hält und sie nur in diesem Falle zahlen will. Außerdem pflegen die Verkaufslustigen selbst dem Makler nicht von Anfang an die äußersten Bedingungen anzugeben in der richtigen Annahme, daß dieser dem Dritten gegenüber die Forderung auf den hohen Preis dann mit mehr Nachdruck vertreten werde. 151) Gewiß ist auch eine andere Auslegung des Auftrages unter Umständen sehr wohl möglich, jedoch muß das oben Mitgeteilte als Regel gelten. Man denke etwa an folgenden Fall: A braucht zur Sanierung unbedingt ein Darlehen von Mk. 50 000.— und will dafür eine erste Hypothek auf seinen gesamten Grundbesitz hergeben. Er nimmt jedoch notgedrungen eine Anleihe von Mk. 40 000.— und muß auch diese mit einer erststelligen Hypothek sicherstellen. Hier ist keine Provision verdient; denn es kam dem A gerade auf die Summe von Mk. 50 000.— an. Die fehlenden Mk. 10 000.— aber wird er nicht so leicht beschaffen können, weil er keine 1. Hypothek mehr zu vergeben hat und bei der Sicherstellung durch eine Hypotheke schlechteren Ranges nicht so leicht ein Darlehen zu beschaffen ist. Der gewünschte wirtschaftliche Erfolg ist also nicht erreicht.

Wenn die Differenz zwischen gewolltem und abgeschlossenem Vertrage geringer war als die dem Makler zustehende Provision, so dürfte es unbillig sein, dem Makler den darüber hinausgehenden Restlohn zu versagen. 152) Das O.L.G. Braunschweig 153) sagt hingegen: „Das Versprechen einer bestimmten Provision (15 000 Mk.) für den Fall der Erzielung eines bestimmten Preises (Mk. 100 000.—) berechtigt bei Erzielung geringeren Kaufpreises (Mk. 90 000.—) den Makler nicht, als

---

150) a. A. R.G.R.K. 2b zu § 652 B.G.B.

151) Jacusiel S. 118 a. A. R. G. in J. W. 1905 S. 138.

152) Oertmann 2a zu § 652 B.G.B., Staub Vorbem. 33 von § 93 H.G.B.

153) Z.H.R. Band 38 S. 233.

Courtage denjenigen Betrag (Mk. 5 000.—) zu fordern, um welchen der erzielte Preis den für den Fall der Erzielung des gewünschten Preises nach Abzug der für diesen Fall zugesagten Provision dem Verkäufer verbleibenden Erlös (Mk. 85 000.—) übersteigt." Dieser Entscheidung kann man nicht zustimmen; denn es kommt dem Auftraggeber doch nicht darauf an, welche Summe im Kaufvertrage eingesetzt ist, oder gar von welcher Summe er die Steuern bezahlen muß, sondern darauf, was er endgültig zu seiner eigenen freien Verfügung erhält. Hier hatte er mit einem Barerlöse von Mk. 85 000.— für sich gerechnet und den Kaufpreis von Mk. 100 000.— nach dem außerordentlich hohen Maklerlohn zu urteilen, anscheinend sehr hoch eingesetzt. Wenn der Makler sich dann mit einem geringeren Lohn zufrieden gibt, so muß ihm das freistehen, und es ist kein Grund ersichtlich, warum der Auftraggeber aus diesem Umstande profitieren sollte.

Auch wenn der Auftraggeber den Abschluß eines ganz bestimmten Vertrages mit genau festgesetzten Modalitäten aufgetragen hat, so können geringe Abweichungen den Makler doch nicht lohnunwürdig machen. Das Reichsgericht sagt: „Die gegenteilige Annahme würde der Arglist Tür und Tor öffnen, es wäre doch im höchsten Grade arglistig, wenn der Beklagte, der dem Kläger am nämlichen Tage die Mk. 10 000.— als besondere Vergütung zugesagt hatte und nicht darüber im Zweifel sein konnte, daß der Kläger hierauf nicht verzichten wollte, die Mitwirkung des Klägers zur Ermöglichung des von ihm erstrebten Erfolges entgegennehmen und dann den Anspruch des Klägers auf die zugesagten Mk. 10 000.— mit der Begründung abwehren wollte, daß der von dem Kläger der Frau M gezahlte Kaufpreis nicht, wie in der notariellen Urkunde angegeben, Mk. 130 000, sondern Mk. 130 400.— betrage." 154)

Die Abweichungen sind möglich bei den beteiligten Personen, beim Vertragsinhalt und bei den Modalitäten des Vertrages.

Was die Kontrahenten des Hauptvertrages angeht, so muß regelmäßig der Auftraggeber abschließen, nicht etwa ein anderer, selbst wenn der Auftraggeber mit diesem in naher persönlicher Beziehung steht. Davon gibt es aber Ausnahmen, die sich aus dem Inhalte des Maklervertrages ergeben können. 155) Die Provision ist natürlich dann verdient, wenn der Dritte nur eine vorgeschobene Person ist. 156) Es ist in der Regel aber gleichgültig, mit wem der Auftraggeber den Vertrag abschließt. So hat das Reichsgericht 157) die Provision in einem Falle zugesprochen, in dem der Makler seine Tätigkeit für die Vermittlung eines Tauschvertrages mit Dr. B. aufgewandt hatte, während der wirklich zustandegekommene Vertrag mit D abgeschlossen war, da festgestellt wurde, daß D auf Veranlassung des Dr. B das Haus dem A

154) R. G. in J. W. 1912 S. 190.

155) R. G. in L. Z. 1912 S. 757, Soergel 1928 S. 136.

156) Jacusiel S. 107.

157) R. G. in L. Z. 1911 S. 547.

aufgelassen und daß B die Haftung für die Verbindlichkeiten K's übernommen habe Oder wenn A den M etwa beauftragt, ihm ein Darlehen zu festgesetzten Bedingungen der X-Bank zu besorgen, so wird es dem A gleichgültig sein, ob er es von der Y-Bank erhält, wenn es sich in beiden Fällen um eine gleich gute Bankverbindung handelt, sofern nur die Darlehensbedingungen die gleichen sind. Oft ist es aber auch möglich, daß die Person des Vertragskontrahenten für die Frage der Identität wesentlich ist. Wenn es sich etwa um künstlerische Leistungen handelt, so ist die Provision nicht verdient, wenn der Abschluß mit einem anderen Vertragskontrahenten erfolgt, z. B. A will den berühmten Geiger X für ein Konzert engagieren, vermittelt wird ein Vertrag mit dem unbekannten Geiger Y. Tritt aber der Makler selbst als Vertragskontrahent auf, so ist der Maklerlohn nicht verdient. 158) In solchem Falle kann von einer Vermittlung nicht die Rede sein und der Vertrag ist nicht infolge der Vermittlung des Maklers zustande gekommen (§ 652 B.G.B.). 159) Auch ist regelmäßig anzunehmen, daß der Makler mit dem Auftraggeber einen Vertrag zustande bringt, der so günstig ist, daß er dem Auftraggeber nicht noch die Gewährung einer Provision gestattet, noch sie rechtfertigt.

Bezüglich des Vertragsinhalts und der Modalitäten des Vertrages ist zu untersuchen, ob der Hauptvertrag, wie schon oben erwähnt, trotz ungleicher juristischer Form doch den verfolgten Zweck erreicht. Das O.L.G. Posen 160) hat die Provision z. B. in einem Falle zugesprochen, in dem ein Gesellschafter zur Ausbeutung eines Waldes gesucht war, jedoch ein Dienstvertrag zustande kam, weil auch damit der wirtschaftliche Erfolg erreicht wurde. Auf demselben Standpunkte steht auch das Reichsgericht: 161) Eine Film-Verleih-G.m.b.H. wünschte eine Fusion mit einem bestimmten kapitalkräftigen Konzern derselben Branche. Der Makler vermittelte jedoch der Auftraggeberin von dem Konzern ein Darlehen von Mk. 500 000.— und dem Gründer der Film-Verleih-G.m.b.H. ein garantiertes jährliches Mindesteinkommen von Mk. 50 000.—. Damit war der wirtschaftliche Erfolg erreicht, den die Auftraggeberin mit dem angestrebten Vertrage erreichen wollte und dem Makler war daher seine Provision nicht zu versagen. Mit dieser richtigen Erkenntnis ist jedoch folgendes Urteil des R.G. 162) schlechterdings nicht vereinbar: Es war für den Nachweis des Verkaufs eines Hauses ein Lohn versprochen. Der Auftraggeber machte aber dem Drit-

158) Seuff. Archiv Band 65 S. 394. Staub Vorbem. 18 vor § 93 H.G.B., a. A. de Roche S. 71.

159) Diese berechtigte Verbalinterpretation kann man nicht — wie Reichel S. 105 — als „bloße Wortklauberei" abtun.

160) O.L.G. Band 8 S. 761.

161) L. Z. 1925 S. 1272.

162) J. W. 1911 S. 939, dagegen auch Mayer S. 57, Reichel S. 109, Oertman 2a zu § 652 B.G.B., a. A. R.G.R.K. 2a zu § 652 B.G.B., Planck 3b zu § 652 B.G.B.

ten einen notariellen Verkaufsantrag, den der Dritte innerhalb einer bestimmten Frist annehmen oder aber eine Vertragsstrafe von Mk. 20 000.— zahlen mußte. Auch wurde eine Vormerkung zur Sicherung der Auflassung eingetragen. Das R. G. unterstellt, daß die Summe von Mk. 20 000.—, die der Dritte als Vertragsstrafe oder als Anzahlung auf den Kaufpreis sofort bezahlt hatte, den zu erzielenden Gewinn übersteige, lehnt die Provisionspflicht aber gleichwohl mit der Begründung ab, die wirtschaftliche Bedeutung des Verkaufes für den Verkäufer werde durch den Gewinn, den der Verkäufer dabei erziele, nicht erschöpft, sondern diese Bedeutung liege wesentlich auch in der Entäußerung der Sache und in der Erlangung des dafür bedungenen vollen Preises. Dem ist nicht zuzustimmen. Denn wenn der Verkäufer das Grundstück leicht und selbst unter Berücksichtigung etwaiger Konjunkturschwankungen nach Ablauf der dem Käufer gestellten Frist an jeden anderen zahlungsfähigen Käufer unter Berücksichtigung der erhaltenen Mk. 20 000.— ohne Schaden verkaufen konnte, so war der wirtschaftliche Erfolg erreicht. War aber anzunehmen, daß das Grundstück auch nicht für einen um Mk. 20 000.— geringeren Preis ohne Schwierigkeiten verkauft werden konnte, so bedeutete die Summe von Mk. 20 000.— eben nicht den Gewinn, den der Auftraggeber durch den Verkauf erzielen wollte, und es wäre dann zu prüfen gewesen, ob die Differenz so wesentlich war, daß von Identität nicht mehr gesprochen werden konnte.

Anders ist es dagegen, wenn der Auftraggeber seinen Grundbesitz verkaufen wollte, aber ein Tausch zustande kam. 163) Der Verkäufer erhält Geld, gegen das er wiederum jede gewünschte Ware eintauschen kann, während der Tauschende einen Gegenwert erhält, der genau so schwer, vielleicht noch schwerer wieder umzusetzen ist als das Gut, das er eingetauscht hat. Freilich kann sich auch hier beim einzelnen Vertrage eine Abweichung ergeben. Wenn der A z. B. seinen Grundbesitz nur verkaufen wollte, um mit dem Gelde den Grundbesitz des B zu erwerben, so ist der wirtschaftliche Erfolg auch erreicht, wenn er seinen Grundbesitz gegen den Grundbesitz des B eintauscht; und damit ist der Maklerlohn dann verdient.

Bei Kaufabschlüssen sind häufig auch die Sicherheiten, die für den Kaufpreis gestellt werden, von ausschlaggebender Bedeutung. Sind z. B. zur Sicherung des Kaufpreises Kundenwechsel verlangt, statt derselben aber nur Eigenwechsel gegeben worden, so ist damit — sofern nicht etwa die Kreditwürdigkeit des Käufers über alle Zweifel erhaben ist — die Identität in Frage gestellt. „Denn ein Geschäft, das der Verkäufer mit Risiko schließt, ist wirtschaftlich gesehen immer etwas anderer als ein Vertrag, der ihm Sicherheiten gewährt." 164)

Unter diesem Gesichtspunkte, ob nämlich mit dem Abschlusse der wirtschaftliche Erfolg erreicht ist, ist auch die Frage zu entscheiden, ob

---

163) O.L.G. Kiel in Seuff. Archiv Band 43 S. 162.

164) R. G. Band 115 S. 270.

im einzelnen Falle nicht schon die Provision verdient ist, wenn statt eines beauftragten Darlehens nur ein Darlehensvorvertrag zustande kommt. Dies wird immer dann anzunehmen sein, wenn der Geldgeber derart solvent und vertrauenswürdig ist, daß der Vorvertrag der Hingabe des Darlehens wirtschaftlich gleichsteht, weil der Auftraggeber seine Rechte aus dem Vorvertrage jederzeit und ohne Schwierigkeiten geltend machen kann. Man denke an Kredite, die durch Großbanken vermittelt werden, oder an Baukosten-Darlehen, die naturgemäß nicht eher benötigt werden, als mit dem Bau begonnen wird. Nur die Sicherheit, daß er das gewünschte Kapital bestimmt bekommen werde, will der Bauherr dann regelmäßig sofort haben, und darauf kommt es ihm in erster Linie an. Allerdings wird in solchen Fällen die Provision erst bei Hingabe des Darlehens auszuzahlen sein, weil der Auftraggeber oft gar nicht über so viele entbehrliche Geldmittel verfügt, aber verdient ist der Maklerlohn dann jedenfalls schon mit dem Abschluß des Vorvertrages. So hat sich auch in Berlin ein Handelsbrauch des Inhalts gebildet, daß für die Hypothekenvermittlung die Provision schon dann verdient sei, wenn ein rechtsverbindlicher Darlehensvorvertrag über die Hingabe und die Annahme des Kapitals geschlossen ist. 165)

Der wirtschaftliche Erfolg muß jedoch in der Form erreicht sein, wie der Auftraggeber ihn mit dem Abschlusse des Hauptvertrages bezweckt hat. Daß der Vertrag für ihn überhaupt wirtschaftlichen Vorteil bringe, vielleicht sogar größeren als der gedachte Vertrag ihm hatte bringen können, ist nicht ausschlaggebend und nicht genügend. Wenn der A z. B. Mk. 10 000.— Neptun-Schiffahrts-Aktien kaufen wollte, jedoch Mk. 10 000.— Neptun-Schiffwerft-Aktien erhält, so ist der Vertrag nicht identisch, die Provision nicht verdient ohne Rücksicht darauf, ob vielleicht zufällig die zuletzt genannten Aktien eine viel günstigere Kursbesserung erfahren haben und daher der wirtschaftliche Vorteil für den Auftraggeber durch den Kauf dieser Aktien ein größerer ist.

Der abgeschlossene Hauptvertrag kann im übrigen mit dem bezweckten nur entweder identisch oder nicht identisch sein. 166) Im ersteren Falle ist die ganze Provision verdient, im zweiten Falle ist dem Makler gar keine Provision zuzusprechen.

Ist die Abweichung so bedeutend, daß von einem identischen Vertrage nicht mehr gesprochen werden kann, so ist im einzelnen Falle zu prüfen, ob etwa die Provisionsforderung des Maklers auf Grund eines neuen, etwa durch konkludente Handlungen abgeschlossenen Vertrages berechtigt ist.

---

165) R. G. in J. W. 1912 S. 240, Warneyer 1919 Nr. 205, R. G. Band 39 S. 231, Planck 3b zu § 652 B.G.B., Kuhne S. 24. Reichel (S. 18 ff.) nimmt an, der Maklerlohn sei *im Zweifel* schon mit der Zusage des Darlehens verdient, weil das Darlehen nach seiner Meinung ein Konsensualvertrag ist.

166) Heymann S. 421.

Reichel 167) will die Grundsätze der Minderung beim Werkvertrag und Kauf (§§ 634 Abs. IV,. 472 B.G.B.) entsprechend anwenden, wenn der Hauptvertrag zwar nicht den Zweck erreicht, ihn aber gefördert hat, sodaß nicht eine „Zweckuntauglichkeit", sondern nur eine „Zweckunzulänglichkeit" gegeben sei. Für diese Analogie gibt das Gesetz aber keinerlei Anhalt, Bei § 634 Abs. IV B.G.B. handelt es sich um eine Ausnahmevorschrift und der gewöhnliche Maklervertrag ist vom Werkvertrag grundsätzlich verschieden. 168) Reichel verwahrt sich gegen die gewohnte Uebung, in solchen Fällen nach dem Vorliegen eines stillschweigend abgeschlossenen Maklervertrages zu forschen, muß aber selbst 169) zu diesem Hilfsmittel greifen, wenn der abgeschlossene Vertrag im Hinblick auf den angestrebten Zweck vollkommen untauglich ist.

Es steht daher nichts im Wege, überall da, wo der abgeschlossene Hauptvertrag in so wichtigen Punkten abweicht, daß von Identität nicht mehr gesprochen werden kann, die Modifikation der alten oder den Abschluß eines neuen Vertrages anzunehmen, sofern natürlich genügend Unterlagen dafür vorliegen. So ist z. B. in einem Falle dem Makler die Provision versagt worden, als er ein Grundstück kaufen sollte, es jedoch nur mit 50prozentiger Beteiligung eines Dritten erwarb, 171) während das Reichsgericht in fast gleichem Falle die Provision zusprach, weil hier nach den Umständen des Falles der Abschluß eines neuen Vertrages anzunehmen war.

Wann ist nun der Abschluß eines neuen Vertrages anzunehmen?

Zum Abschluß des Vertrages gehört wie immer Offerte und Annahme der Offerte. Die Offerte auf Abschluß eines Maklervertrages wird regelmäßig vorliegen. Sie liegt meistens in der Uebernahme irgend einer Maklertätigkeit, in dem Bemühen um den Abschluß des Hauptvertrages. Von einer Annahme dieser Offerte kann natürlich nicht eher die Rede sein, als bis sie dem Auftraggeber zugeht, der Auftraggeber also von der Maklertätigkeit erfährt.

Hier ist nun zu unterscheiden, ob der Makler in dem Zeitpunkte, in dem der Auftraggeber von seiner Tätigkeit erfährt, alles zum Vertragsabschluß Nötige getan hat oder nicht. Hat der Makler alles getan, so wird die Annahme des Angebotes nicht so leicht erfolgt sein wie in dem anderen Falle. Hat z. B. der Makler dem Auftraggeber einen Verkäufer für das verkäufliche Haus nachgewiesen, alle nötigen Schritte vorbereitet, sodaß seine Mitwirkung von nun an überflüssig ist, so kann der Abschluß des Maklervertrages nicht schon dann angenommen werden, wenn der Auftraggeber unter Ausnutzung der Tätigkeit des Maklers den Vertrag schließt. Denn er hatte ja gar keine Gelegenheit mehr,

167) a. a. O. S. 98 ff.

168) Heymann S. 422 Anmerk. 93.

169) a. a. O. Seite 101.

170) O. L. G. Band 18 S. 17, Band 12 S. 85.

171) J. W. 1920 S. 491 (Bondi).

dem Makler darzutun, daß er auf seine Mitwirkung verzichte. Das Sich-gefallen-lassen allein genügt für den Abschluß des Vertrages nicht. 172) Insbesondere wird das bloße Sich-gefallen-lassen der Maklerdienste dann nicht als Auftrag zu gelten haben, wenn üblicher Weise der andere Teil die Provision zahlt, wie z. B. in Berlin bei Grundstücksvermittlungen der Verkäufer, oder wenn der Makler nicht zu erkennen gibt, daß er auch von dem, der sich seine Maklerdienste gefallen läßt, Lohn erwartet, oder aber den Glauben erweckt, er trete lediglich für die Gegenpartei auf. Maßgebend ist in allen Fällen, daß der Wille, sich zu verpflichten, auf Seiten des Auftraggebers vorliegen muß und dies nach der Verkehrssitte anzunehmen ist. 173)

Im übrigen wird man aber annehmen dürfen, der Auftraggeber nehme dadurch, daß er das Resultat der Maklertätigkeit annimmt, auch diese Tätigkeit selbst an. Daran wird der Auftraggeber durch die Mitteilung an den Makler, daß er eine Provision nicht bezahlen und einen Maklervertrag nicht abschließen wolle, nichts ändern können, denn seine Worte ständen dann mit seinem Tun in offenbarem Gegensetz. Immerhin kann aber diese Mitteilung des Auftraggebers nicht ganz ohne Bedeutung sein. Der Auftraggeber kann nämlich einwenden, daß der Vertragsschluß auch ohne Mitwirkung des Maklers zustande gekommen wäre. Ist dies richtig, so kann in dem Abschlusse des Hauptvertrages nicht die Annahme der Maklerdienste gesehen werden. Wäre es anders, so hätte der Auftraggeber ja gar keine Möglichkeit, dem Lohnanspruch eines zudringlichen Maklers zu entgehen.

Es ist darum falsch, mit Baaser 174) die Annahme der Maklerofferte dem Fall gleich zu behandeln, in dem jemandem eine unbestellte Ware übersandt und zum Kauf angeboten wird. In diesem letzten Falle nimmt der Empfänger das Verkaufsangebot unbedingt durch die Verwertung der Ware für sich an, ein Gegenbeweis ist kaum möglich, es sei denn, daß die Waren versehentlich verwertet wurden. Bei der Annahme der Maklerdienste aber handelt es sich um zwei Verträge. Einmal muß der Hauptvertrag abgeschlossen sein und sodann ist zu prüfen, ob die Makleroofferte angenommen ist. Der Maklervertrag ist nur ein Mittel zum Zweck, nur ein Vorläufer des Hauptvertrages, sodaß es zum mindesten dem Auftraggeber freistehen muß, darzutun, daß er mit dem Abschluß des Hauptvertrages den Maklervertrag nicht schließen wollte und nicht geschlossen hat.

Einfacher liegt aber die Sache, wenn der Auftraggeber schon lange vor Abschluß des Vertrages von der Tätigkeit des Maklers er-

172) R.G. Bd. 122 S. 229, vgl. auch Staub Vorbem. 33 vor § 93 H.G.B. Planck 3b zu § 652 B.G.B., Heymann S. 421, Baaser S. 33 ff.; zu weitgehend de Roche S. 68.

173) O.L.G. Band IV S. 239, L. Z. 1921 S. 615, D.J.Z. 1904 S. 272, Riesenfeld bei Gruchot Band 37 S. 260.

174) S. 43.

fuhr, die Dienste des selben dann keineswegs zurückwies, sie vielmehr ausdrücklich guthieß oder den Makler durch sein Stillschweigen noch anspornte, während er wußte, daß derselbe seine Dienste nicht umsonst leisten wolle und werde. Dann ist regelmäßig ein Maklervertrag zustande gekommen. Der etwaige geheime Vorbehalt des Auftraggebers, die Provision nicht zahlen zu wollen, ist hier wie immer bei Abgabe einer Willenserklärung ohne Bedeutung (§ 116 B. G. B.) 175)

Wir betonen jedoch schon, daß das nackte Schweigen noch nicht als Annahme gelten kann. Davon kennt das B. G. B. Ausnahmen, z. B. §§ 516, 568, 625, bei dem Maklervertrag ist eine solche Bestimmung jedoch nicht getroffen. Man wird also nur dort das Schweigen als Annahme gelten lassen können, wo nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte aus dem Schweigen nur die Annahme der Offerte zu entnehmen ist. 176) Sind die Parteien Kaufleute, so ist auch § 346 H.G.B. zu beachten. Danach kann Schweigen besonders dort als Annahme gelten, wo auf Seiten des Schweigenden die Absicht vorliegt, den anderen zu einer ihm nachteiligen, dem Schweigenden aber vorteilhaften Tätigkeit zu verleiten. 177)

Die Grundsätze gelten sowohl für die Fälle, daß zunächst ein Maklervertrag eines anderen Inhalts abgeschlossen war, als auch für die Fälle, in denen die Parteien noch in keiner Vertragsbeziehung zu einander standen. Wenn ein Makler seine Bemühungen nun in andere Richtung lenkt, als ihm nach dem ursprünglichen Maklervertrag aufgetragen war, so wird er guttun, sich schleunigst der Zustimmung des Auftraggebers zu versichern.

Was für die stillschweigende Annahme durch den Auftraggeber gilt, gilt auch dann, wenn das Angebot vom Auftraggeber gemacht wird, für die stillschweigende Annahme durch den Makler; z. B. A gibt dem M einen Auftrag, einen Vertrag mit B zu vermitteln. A hört nichts von der Sache und schließt mit B ab zu einem Preise, in dem die Provision einkalkuliert ist. M verlangt Provision und behauptet, er habe vermittelt, A legt dar, es mangele an einem gültigen Vertrage. Hier kommt es darauf on, ob M wirklich tätig geworden ist. In seinen Ausführungshandlungen wird man dann eine stillschweigende Annahme sehen können, wobei, wenn es sich um Kaufleute handelt, noch insbesondere § 362 H.G.B. zu beachten ist. 178)

Läßt sich für den Abschluß eines neuen Vertrages unter Berücksichtigung von Treu und Glauben keine Grundlage feststellen, so ist dem Makler keine Provision zuzusprechen, auch nicht unter Benutzung des § 653 B.G.B. oder anderer Vorschriften des B.G.B. 179) So kann man

175) Vgl. auch R. G. in Warnemeyer 1918 Nr. 32, Reichel S. 101 f.

176) Baaser S. 31.

177) Staub 16 zu § 346 H. G. B.

178) Baaser S. 49 f.

179) R. G. Band 95 S. 137, vgl. auch die Protokolle II S. 345.

z. B. nicht das Vorliegen eines Dienstvertrages oder eines Werkvertrages annehmen, wenn der Maklervertrag den Anspruch des Maklers nicht rechtfertigt. Nach §§ 612, 632 B.G.B. gilt eine Vergütung dann als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung bezw. die Herstellung des Werkes den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Wenn aber nur der Abschluß eines Maklervertrages ins Auge genommen ist, liegen Umstände, die diese Erwartung rechtfertigen, eben nicht vor 180) Dasselbe gilt von der Geschäftsführung ohne Auftrag, der ungerechtfertigten Bereicherung oder § 354 H.G.B.

Neuerdings hat das R. G. folgenden Fall entschieden: 181) Der Oberbürgermeister einer Stadtgemeinde, die ein Darlehen aufnehmen wollte, wandte sich an die Klägerin und versprach dieser in einem Schein ¾ Prozent Nachweisprovision. Die Stadtgemeinde erhielt das Darlehen, weigerte aber der Klägerin die Provision unter der richtigen Behauptung, daß der Provisionsschein nicht die nach § 56 Nr. 8 der St. O. für die Provinz Westfalen notwendige zweite Unterschrift eines Magistratsmitgliedes trage, wogegen die Klägerin darauf hinwies, daß die Stadtgemeinde durch Annahme des Darlehens den Maklervertrag gebilligt habe. Das Reichsgericht sagt aber, daß allein durch die Annahme des durch die Klägerin vermittelten Darlehens ein Maklervertrag nicht geschlossen worden sei. Für die Annahme einer stillschweigenden Vereinbarung fehle es daher an der erforderlichen Voraussetzung. Es spricht jedoch die Klage zu nach § 818 Abs. II in Verbindung mit § 812 B.G.B. und § 354 H.G.B. „aus dem Gesichtspunkt, daß der Kaufmann nach der Verkehrssitte seine Tätigkeit nicht umsonst in den Dienst anderer stellt, sondern auf Vergütung dafür rechnet, und daß dies jeder weiß oder wissen muß, der mit einem Kaufmann in geschäftliche Beziehung tritt. Zu solchen Diensten gehört ohne Zweifel auch die Beschaffung eines größeren Kapitalbetrages für einen anderen. Hat daher die Beklagte das — wie zu unterstellen ist — von der Klägerin ihr vermittelte Kapital angenommen und verwendet, lehnt sie aber die Zahlung der ortsüblichen Vergütung für diese Vermittlertätigkeit ab, so ist die Klägerin aus dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 818 Abs. II B.G.B.) berechtigt, den Ersatz des Wertes ihrer Vermittlertätigkeit in Höhe des ortsüblichen Maklerlohnes von der Beklagten zu fordern. Denn eine Zurückforderung der Leistung selbst ist hier nicht möglich. Zum gleichen Ergebnis führt der ... Rechtsbehelf des § 354 H.G.B., wonach derjenige, der bei Ausübung seines Handelsgewerbes einem anderen Geschäfte besorgt oder Dienste leistet, eine Vergütung nach den ortsübl. Sätzen auch ohne Vereinbarung über eine solche fordern kann, gleichgültig, ob ein Vertragsverhältnis (z. B. Kauf, Werkvertrag, Frachtvertrag) vorliegt oder nicht. Hier ist wie dargelegt, eine derartige Vereinbarung nicht zustande gekommen..... Wenn nun unter solchen Umständen, d. h. beim Fehlen jeglicher Maklerver-

180) J. W. 1927 S. 733. (Titze).

181) R. G. Band 122 S. 229 ff., Vgl. auch de Roche S. 70, D. Imm: Z. 1929 S. 99.

einbarung, die Klägerin der Beklagten eine Stelle nachweist, die ihr ein Darlehen gewährt, so steht der Anwendung des § 354 H.G.B. kein rechtliches Bedenken entgegen..... Nach der Verkehrssitte wird auch eine solche Maklertätigkeit regelmäßig vergütet."

Diese Entscheidung geht fehl. Aus § 652 B.G.B. geht hervor, daß der Makler nur da einen Lohn verdient hat, wo ein Maklervertrag zustande gekommen ist. Ist ein Maklervertrag nicht zustande gekommen, dann kann er nicht einmal seine Aufwendungen ersetzt verlangen (§ 652 Abs. II B.G.B.). Und selbst, wenn ein Maklervertrag geschlossen, derselbe aber widerrufen wurde, stehen dem Makler keine Ansprüche zu. Ist endlich der abgeschlossene Hauptvertrag mit dem Auftrag nicht identisch, so kann der Makler nichts verlangen, wenn, wie oben gezeigt, nicht etwa der Abschluß eines neuen oder die Modifikation eines alten Maklervertrages angenommen wird. Würde man in all diesen Fällen, in denen der Makler meistens Kaufmannseigenschaft haben dürfte, § 354 H.G.B. anwenden — und nach der Entscheidung des R.G müßte man dies —, so wären die so eben aufgestellten Grundsätze ja illusorisch, nur daß der Makler nicht die ausbedungene Provision, sondern die „nach den an dem Orte üblichen Sätzen" errechnete, was in der Mehrzahl der Fälle dasselbe sein dürfte, erhalten würde. Bei einem nichtidentischen Vertrage würde man einfach sagen, der Makler habe in Ausübung seines Handelsgewerbes Dienste geleistet und könne dafür auch ohne Verabredung Provision verlangen. Und dasselbe gilt bei der Begründung des Anspruchs aus §§ 812 ff. B.G.B. Der Verkaufslustige könnte sich ja gar nicht gegen die Mitarbeit von Maklern wehren. Immer müßte er gewärtig sein, daß plötzlich irgend ein Makler Ansprüche geltend machen würde. Dabei ist zu beachten, daß § 354 H.G.B. nicht einmal die nach § 652 H.G.B. — jedenfalls nach der herrschenden Meinung — notwendige Kenntnis von der Tätigkeit des Maklers gerade für den Abschluß dieses konkreten Vertrages erfordert. Nach richtiger Ansicht muß hier dasselbe gelten wie bei der Frage, ob der Makler Auslagen, die für Rechnung des Auftraggebers außerhalb des regelmäßigen Geschäftsbetriebes gemacht sind, aus dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag oder der ungerechtfertigten Bereicherung verlangen kann. Die Frage ist nämlich zu verneinen. 182)

Hat der Makler seine Tätigkeit unternommen in der Absicht, dafür nach den Regeln des Maklervertrages entlohnt zu werden, d. h. wollte er bei Zustandekommen des Hauptvertrages einen Lohn beanspruchen, so kann er Ansprüche nur geltend machen, wenn expressis verbis oder konkludent ein Maklervertrag abgeschlossen ist und der abgeschlossene nicht widerrufen ist. Ist ein Maklervertrag aber nicht zum Abschluß gekommen, so kann er nichts verlangen, es sei denn, daß der Ersatz seiner Aufwendungen vereinbart wurde (§ 652 Abs. II B.G.B.),

182) O.L.G. Band 4 S. 48, Düringer-Hachenburg 9 zu § 99 H.G.B., a. A. Cosack S. 209.

oder daß die Auslagen nur bei Gelegenheit der Vermittlungstätigkeit gemacht sind. 183)

Insofern schließen also §§ 652 ff. B.G.B. die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag, die ungerechtfertigte Bereicherung und auch § 354 H.G.B. aus. 184) Und dies mit Recht; denn sonst wäre ja ein Makler, der einfach ohne Maklervertrag für irgend jemanden auf gut Glück tätig wird, besser gestellt, als ein Makler, der dazu ausdrücklich beauftragt einen wundervollen Vertrag, der aber mit dem geplanten nicht identisch ist, zustande bringt. Das ist nicht gerechtfertigt.

Wenn das R. G. schließlich sagt, auch nach der Verkehrssitte werde solche Maklertätigkeit regelmäßig vergütet, so ist dies nur unter Vorbehalt als richtig anzuerkennen. Zwar mag die Tätigkeit des Maklers so gewesen sein, daß ihm nach der Verkehrssitte an sich ein Lohn zuzubilligen war, aber erste Voraussetzung ist doch immer — und darin geht die Verkehrssitte mit dem Gesetz konform — daß ein Maklervertrag überhaupt abgeschlossen ist. 185)

183) de Roche S. 73.

184) Reichel S. 11 f.

185) Staub Anmerk. 6 zu § 354 H.G.B.

§ 8. Kausalzusammenhang zwischen Tätigkeit des Maklers und Abschluß des Hauptvertrages.

Wenn es im § 652 B.G.B. heißt, daß der Maklerlohn verdient sei, „wenn der Vertrag infolge des Nachweises oder infolge der Vermittlung des Maklers zustande kommt", so sind damit als weitere Voraussetzungen für den Lohnanspruch statuiert:

1. eine Tätigkeit des Maklers
2. Kausalzusammenhang zwischen dieser Tätigkeit und dem Abschlusse des Hauptvertrages.

Der Makler muß also, will er mit Erfolg einen Anspruch auf Provision geltend machen, tätig geworden sein. Diese Voraussetzung hat naturgemäß nichts zu tun mit der Frage nach der Tätigkeitspflicht des Maklers, die wir oben (§ 2) verneint haben. Verpflichtet zur Tätigkeit ist der Makler im allgemeinen nicht, aber nur wenn er tätig wird, hat er Aussicht auf den Lohn, also ohne Tätigkeit keinen Lohn. 186)

Freilich, nicht jede Tätigkeit gibt dem Makler den Anspruch auf Lohn, sondern nur die auftragsgemäße, d. h. es muß sich um eine zweckentsprechende Tätigkeit handeln, die mit dem Ziel des Vertragsschlusses unternommen ist. Dies hat das R. G. in einer Entscheidung so ausgesprochen: 187) „Das bloße Vorliegen eines ursächlichen Zusammenhangs zwischen dem Verhalten der Klägerin und dem Vertragsschluß genügt nicht, sondern dieses Verhalten muß in einem Bemühen geübt worden sein, den Vertrag zustande zu bringen."

Der Maklervertrag des B.G.B. kann nun einen zweifachen Inhalt haben. Nach der Definition des § 652 B.G.B. ist Makler

1. derjenige, dem für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages ein Lohn versprochen wird,
2. derjenige, dem für die Vermittlung eines Vertrages ein Lohn versprochen wird.

Dementsprechend unterscheiden wir zwischen Nachweis- und Vermittlungsmakler. Die Begriffe solchen Nachweises und der Vermittlung sind im B.G.B. nicht näher festgelegt. Der Gesetzgeber wollte die Abgrenzung der Praxis überlassen. 188) Soviel ist jedenfalls sicher, daß der Begriff des Vermittelns mehr umfaßt als das Nachweisen. Die

186) Reichel S. 122 ff.

187) Kaufmann 1924 S. 11.

188) Staudinger I zu § 652 B.G.B.

Vermittlung verlangt begrifflich ein Mitwirken bei Herbeiführung des Vertragsschlusses oder bei den Vorbereitungshandlungen. Der Vermittler will die widerstreitenden Interessen der Parteien miteinander in Einklang bringen, sucht Bedenken auf beiden Seiten zu zerstreuen und bemüht sich, einen Vertrag zwischen den beiden Parteien zustande zu bringen. Dagegen darf er sich mit der Angabe eines geeigneten Vertragskontrahenten oder eines passenden Kaufobjektes oder einer Kaufgelegenheit nicht begnügen. Auch genügt zur Vermittlung nicht, daß der Makler seinen Auftraggeber berät, sondern er muß zu dem Vertragskontrahenten des Auftraggebers in Beziehung treten und entweder selbst oder durch Mittelspersonen mit diesem verhandeln. 189) Seine Tätigkeit muß darauf gerichtet sein, durch Annäherung der widerstreitenden Interessen der Parteien den Vertrag zustande zu bringen. So kann von einer Vermittlung nicht gesprochen werden, wenn er den Parteien, die über den Vertrag schon einig sind, nur bei der schriftlichen Normierung der Vertragsbedingungen behilflich ist. 190) Geht die übertragene Leistung nicht soweit, so haben wir es mit einem Nachweismakler zu tun. Für diesen genügt also, wenn er auf eine bestimmte Gelegenheit zum Vertragsschluß hinweist. 191) Kommt infolge dieses Hinweises der Hauptvertrag zustande, so hat der Makler seinen Lohn verdient. Allerdings genügt hierzu nicht allein die Nennung irgend eines Vertragsgegners, sondern dieser muß als geeignet und voraussichtlich abschlußgewillt gerade für dieses Geschäft nachgewiesen werden. 192) Auch genügt es zur Nachweisung nicht, wenn der Makler auf einen abschlußbereiten Dritten hinweist, den er selbst noch gar nicht kennt, über den vielmehr erst ein Vierter Auskunft geben kann. 193) Auch die Nennung einer Vertragspartei, die „ohnehin als zum Abschlusse des fraglichen Geschäftes oder als im allgemeinen zum Abschlusse derartiger Geschäfte unter bestimmten Bedingungen bereits bekannt ist," 194) wie z. B. die Nennung einer Hypothekenbank als Darlehensgeberin kann nicht als Nachweisung im Sinne des § 652 B.G.B. genügen.

Welche von den aufgezeigten Alternativen im einzelnen Falle vorliegt, muß die Auslegung des Vertrages ergeben. Man wird jedoch in Zweifelsfällen davon ausgehen dürfen, daß der Makler nicht nur nachweisende, sondern vermittelnde Tätigkeit zu leisten hat. 195) Die

189. R. G. in Gruchot Band 64 S. 724, J. W. 1916 S. 738, 1917 S. 538, Planck 3a zu § 652 B.G.B., Reichel S. 163; die Beratung ist hinwiederum nicht erforderlich. J. W. 1922 S. 164 (Titze).

190) R. G. in Soergel 1926 S. 167.

191) Rudolph S. 8, Oertmann, 1a zu § 652 B.G.B., L. Z. 1912 S. 149.

192) Reichel S. 155.

193) Seuff. Archiv Band 60 S. 195 f., vgl. aber L. Z. 1925 S. 260.

194 Doerr S. 635, Reichel S. 143, O.L.G. Band 14 S. 29.

195) Mayer S. 63, Reichel S. 152, Riesenfeld Band 37 S. 532.

Vermittlung kommt vor allem bei Grundstücks- und Hypothekengeschäften in Frage, während bei Dienstverträgen und Wohnungsmieten 196) öfter der Nachweis der Gelegenheit vorkommt. Beim Abschluß eines Maklervertrages ist auch sehr häufig vom Zuführen eines Reflektanten die Rede. Darin wird man ein Mittelding zwischen Vermitteln und Nachweisen sehen müssen, während eine zugesagte Hilfe oder Unterstützung schon wohl als Vermittlung aufzufassen sein wird. 197)

Da der Inhalt des Maklervertrages der freien Parteivereinbarung überlassen ist, kann derselbe auch alle erdenklichen Verpflichtungen und Nebenverpflichtungen enthalten. 198) Dies ist der Fall, wenn dem Makler der Auftrag erteilt wird, das Geschäft nicht nur zu vermitteln, sondern es auch abzuschließen. Regelmäßig aber hat der Makler nur den Auftrag zu vermitteln, nicht abzuschließen, sodaß dies letztere schon unzweideutig gesagt sein muß. 199)

Daß der Makler die Tätigkeit regelmäßig nicht selbst auszuführen braucht, sondern daß er sich auch Hilfspersonen, insbesondere Untermakler bedienen darf, ist oben (S. 26) schon näher dargelegt.

Zunächst ist also bei der Frage nach dem Kausalzusammenhang zwischen Tätigkeit des Maklers und Abschluß des Hauptvertrages immer danach zu forschen, was von dem Makler verlangt ist. Ob schon eine Nachweisung genügt oder ob er als Vermittler gedungen ist. Ist dies festgestellt, so ist weiter zu fragen, ob er diesem Vertragsinhalt entsprechend tätig geworden ist, ob er also eine Handlung ausgeführt hat, die als Nachweisung gelten kann oder ob er sich als Vermittler betätigt hat.

Und dann kommt als weiteres Erfordernis der ursächliche Zusammenhang hinzu. Jedoch sind diese beiden Merkmale streng zu trennen. Es ist sehr wohl möglich, daß die Tätigkeit des Maklers für den Abschluß des Hauptvertrages zwar ursächlich gewesen ist, daß er aber gleichwohl keinen Lohn verdient hat, weil seine Tätigkeit nicht der aufgetragenen entsprach, weil er etwa nur nachwies, während er als Vermittler gebeten war. Ist jemand zur Vermittlung eines Geschäftes engagiert und tut er sodann nicht mehr, als daß er dem Auftraggeber den Namen des Dritten nennt, so hat er keinen Maklerlohn verdient, gleichgültig, ob der Hauptvertrag auf Grund seiner Nachweisung zustande gekommen, seine Tätigkeit für den Abschluß also ursächlich gewesen ist oder nicht. 200)

Es ist schon oben erwähnt worden, daß die Tätigkeit des Maklers auch zweckentsprechend, daß sie also unter dem Gesichtspunkte unter-

196) Vgl. jedoch dazu Mayer S. 59.

197) Staub Vorbem. 32 vor § 93 H.G.B., Staudinger I zu § 652 B.G.B.

198) Vgl. darüber Reichel S. 148 ff.

199) R. G. Band 104 S. 368.

200) O.L.G. Hamburg in Seuff. Archiv 74 S. 238.

nommen sein müsse, damit die Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages nachzuweisen oder einen Vertrag zu vermitteln, je nachdem, was vom Makler nach dem Inhalte des Maklervertrages verlangt ist. Wenn also ein Makler, nur um sich damit zu brüsten, laut in einer Wirtschaft erzählt, er habe ein wundervolles Kaufobjekt zur Verfügung, wobei er alle einzelnen Bedingungen genau schildert, und wenn dann ein an einem anderen Tische sitzender Gast, der dies gehört hat, darauf mit dem Verkäufer abschließt, ohne daß der Makler weiter zum Abschluß tätig gewesen ist, so hat er für das laute Schreien in der Wirtschaft die Provision jedenfalls nicht verdient. Denn dabei dachte er gar nicht an die Förderung seines Auftrages, die Tätigkeit war nicht zweckentsprechend. Der Makler hat also weder nachgewiesen noch vermittelt.

Ist ein Fall nach dieser Richtung hin untersucht und festgestellt worden, daß der Makler dem Inhalte des Vertrages entsprechend in genügender Weise tätig geworden ist, dann fragt es sich, ob diese Tätigkeit für den Abschluß des Hauptvertrages kausal war.

Das Erfordernis der Kausalität wird in Wissenschaft und Praxis mit wenigen Ausnahmen allgemein anerkannt. 201) Reichel 202) leugnet die Berechtigung dieses Erfordernisses 203) und will entscheidend sein lassen, nicht, ob der Makler den Erfolg verursacht oder mitverursacht hat, sondern ob der Makler sich um das Zustandekommen des Vertrages verdient gemacht hat. Er sagt: 204) „Wie wir Strafe über den Täter nicht deshalb verhängen, weil er den unerwünschten Erfolg verursacht, sondern deswegen, weil er ihn verschuldet hat, ebenso gewähren wir Lohn jemandem nicht deswegen, weil er einen willkommenen Erfolg objektiv verursacht, sondern weil er sich um dessen Herbeiführung verdient gemacht hat." Er meint statt des Wortes „infolge" in § 652 B.G.B. könne man richtiger das Wörtchen „dank" setzen. Reichel läßt dann anstelle der Kausalitätstheorie die „Zurechnungstheorie" oder „Verdienstlichkeitstheorie" treten.

Was Reichel gegen die Anwendung des Kausalbegriffs überhaupt ausführt, hat Heymann 205) mit zutreffenden Gründen wider-

---

201) Heymann S. 422, Staub Vorbem. 31 vor § 93 H.G.B., Planck 3c zu § 652 B.G.B., Enneccerus S. 466, Meyerstein in Z.H.R. Band 77 S. 244, Kuhlenbeck in J. W. 1907 S. 34, Gierke S. 716, R. G. in J. W. 1900 S 861, 1901 S. 90, 1913 S. 685, 1916 S. 739, 1917 S. 538, L. Z. 1915 S. 977, 1925 S. 260, 1926 S. 390 und 1004, D.J.Z. 1906 S. 1148, Seuff. Archiv Band 60 S. 195, Band 69 S. 96 Kaufmann 1924 S. 11, Soergel 1926 S. 167.

202) a. a. O. S. 126 ff.

203) Daß Reichel den Kausalzusammenhang nicht für erforderlich hält, geht insbesondere aus seinen Ausführungen S. 131 hervor, wo er Beispiele bietet, „in denen der Makler den Abschluß zwar gefördert, aber .... nicht verursacht hat."

204) a. a. O. S. 128.

205) a. a. O. S. 422 f.

legt. Reichel hat dann auch seinen Standpunkt dahin modifiziert, 206) daß die Verdienstlichkeitstheorie die Ursächlichkeit nicht für entbehrlich, sondern für nicht ausreichend halte. Sie verneine daher den Lohnanspruch, wenn ein Tun nicht zweckbedachter Weise, sondern nur zufällig den Abschluß verursacht habe. Als Beispiel führt er an: „Der Makler läßt die Verkaufspapiere des Auftraggebers versehentlich im Bahnabteil liegen, wo ein Kaufluſtiger sie aufgreift." Es ist gewiß, daß hier der Makler für seine Nachlässigkeit nicht auch noch einen Lohn verdient hat. Aber hier hat der Makler überhaupt keine Tätigkeit im Sinne des Maklervertrages ausgeübt. Er hat weder nachgewiesen noch vermittelt. Es fehlt also schon an diesem grundsätzlichen Erfordernis der zweckgerechten Tätigkeit, sodaß eine etwaige Kausalität der Unachtsamkeit des Maklers ihm keine Früchte bringen kann. Die Ansicht Reichels läßt sich weder mit dem Wortlaute des Gesetzes (infolge) vereinbaren noch entspricht sie einem praktischen Bedürfnisse. Dem Auftraggeber kommt es in keiner Weise darauf an, ob sich der Makler verdient gemacht hat, sondern ob er mit seinem Bemühen, und sei dies Bemühen auch noch so gering, Erfolg gehabt hat; und dafür hat der Auftraggeber den Lohn versprochen. Die Tätigkeit des Maklers hat den Vertragsschluß eben gefördert und war dann verursachend oder mitverursachend, sodaß der Makler seinen Lohn verdient hat, oder das Bemühen hat zu dem Abschluß des Hauptvertrages nichts beigetragen, war dann also nicht hierfür kausal und das Bemühen des Maklers war erfolglos. 207)

Wann ist nun eine Tätigkeit für den erfolgten Vertragsabschluß kausal?

Unter den vielen und verschiedenartigsten Kausalitätstheorien kann man heute die Theorie der adaequaten Verursachung als die in Wissenschaft und Praxis herrschende betrachten, deren wissenschaftliche Vertreter den Begriff freilich wieder sehr verschieden definieren. 208) Wir werden vielleicht sagen können, daß ein Kausalzusammenhang dann vorliegt, wenn das Vorereignis einen generell begünstigenden Umstand des Nachbarereignisses darstellt, 209) müssen aber zugeben, daß bei der Frage nach der Kausalität rein erkenntnistheoretisch „eine erschöpfende Formel nicht zu finden ist. Vielmehr entscheidet über die Erheblichkeit der Motivsetzung durch die Maklertätigkeit die Abwägung der verschiedenen maßgeblich gewesenen Motive unter dem Richtmaß der im Verkehr überhaupt in Betracht kommenden Motivationen und ihrer durchschnittlichen Wirkung." 210) Durch abstrakte Regeln kann die Frage nie erschöpfend behandelt werden. So kann auch der Richter die Frage, ob Kausalzusammenhang im Sinne des § 652 B.G.B. vor-

206) J. W. 1926 S. 2886.

207) Gierke S. 716, Heymann S. 423, Planck 3c zu § 652 B.G.B.

208) Ausführlich Enneccerus S. 30 ff.

209) Heymann S. 422.

210) Heymann S. 422, vgl. auch Baser S. 24, Rosner S. 28.

liegt, nur unter Würdigung aller Umstände des einzelnen Falles und unter Berücksichtigung der allgemeinen Lebenserfahrung und der Verkehrssitte im besonderen beantworten, wobei ihm die reiche Kasuistik der reichsgerichtlichen Rechtsprechung, die sich mit dieser Frage außerordentlich häufig befaßt hat, behilflich sein kann. 211)

Das R. G. sagt, daß eine Tätigkeit dann als kausal im Sinne des § 652 B.G.B. anzusehen sei, wenn sie „nach den gewöhnlichen Regeln der adaequaten Verursachung als notwendige Bedingung des eingetretenen Erfolges anzusehen sei." 212)

Die Frage der Kausalität ist grundsätzlich bei der Nachweis- und der Vermittlungsmakelei nicht verschieden zu beantworten, sofern zunächst nur feststeht, daß der Makler dem Inhalte des Vertrages gemäß Genügendes geleistet hat. Weil nun dem Nachweismakler nur die Kenntnisverschaffung obliegt, wird die Kausalität naturgemäß leichter und öfter zu bejahen sein als beim Vermittlungsmakler. Auch der Beweis ist im ersten Falle leichter zu führen als im zweiten. 213)

Nun ist es allerdings nicht erforderlich, daß die Tätigkeit des Maklers die alleinige Ursache war, sondern es genügt, wenn sie den Abschluß des Hauptvertrages mitverursacht hat. 214) So können die mannigfaltigsten Gründe, zu denen der Makler nicht beigetragen hat oder die durch den Makler der Gegenpartei hervorgerufen oder aufgezeigt sind, den Dritten schließlich zum Vertrage geneigt gemacht haben, wenn nur die Tätigkeit des Maklers dieses Resultat mitgefördert hat. Freilich, wenn die Parteien ungeachtet der Tätigkeit des Maklers abgeschlossen haben, wenn sie sich seine Tätigkeit geradezu verbeten haben und schließlich keineswegs wegen der Tätigkeit des Maklers, sondern vielleicht sogar trotz seiner Tätigkeit — weil etwa der Makler den Vertragsparteien durchaus nicht genehm war oder sie überhaupt eine Vermittlung nicht wollten 215) — zum Vertragsschluß gekommen sind, so kann dem Makler auch sein größtes Bemühen und seine ganze aufopfernde Tätigkeit nichts nutzen, weil eben seine Tätigkeit für den Abschluß nicht kausal war. 216) Jedoch wird man der Vertragspartei soweit sie überhaupt beweispflichtig ist, 217) den Beweis für ihre Behauptung, die Tätigkeit des Maklers habe den Vertragsschluß gar nicht ge-

211) Vgl. die Entscheidungen Anmerk. 201, ferner R. G. im Recht 1907 S. 828 und 1401, K. G. in J. W. 1926 S. 2098, sowie in O. L. G. Band 23 S. 49, O. L. G. Hamburg in Seuff. Archiv Band 74 S. 238.

212) R. G. in Warneyer 1908 S. 500. Nr. 626.

213) Darüber unten, vgl. auch Reichel im Recht 1916 S. 103 f.

214) Planck 3c zu § 652 B.G.B., Kuhlenbeck in J. W. 1907 S. 34, Kuhne S. 27, R. G. in D. J. Z. 1903 S. 31, J. W. 1900 S. 861, 1901 S. 90, K. G. in O. L. G. Band 23 S. 49:

215) Liest man doch oft bei Kauf- oder Verkaufsanzeigen in den Zeitungen den Zusatz: Berufsmäßige Vermittlung verbeten, oder ähnlich.

216) L. G. Stuttgart in J. W. 1927 S. 733.

217) Vgl. unten Seite 62 f.

fördert, nicht zu leicht machen dürfen. Das O.L.G. Dresden 218) hat z. B. einem Makler die Provision abgesprochen, der sich jahrelang um den Abschluß bemüht hatte, mit der Begründung, „die Bemühungen des Maklers seien für den Abschluß deshalb nicht kausal gewesen, weil der vom Makler für das Grundstück interessierte Käufer nach seiner glaubhaften Versicherung unter allen Umständen an den verklagten Auftraggeber wegen des Verkaufs hätte herantreten müssen." Das ist eine Verkennung des Begriffs der Kausalität, „denn darauf, daß schon eine Ursache für die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges genügende Wirksamkeit entfaltet, folgt nicht, daß daneben eine hierzu ebenfalls ausreichend starke Ursache nicht gleichfalls in Wirklichkeit getreten sein könnte." 219)

Anders ist es in dem oben (Seite 56) erwähnten Fall, in dem der Makler nur als Rechtskonsulent den schon mündlich abgeschlossenen Vertrag schriftlich fixierte, denn er hat den Abschluß des Vertrages nicht herbeigeführt oder mitherbeigeführt. 220)

Für die Frage der Kausalität ist es durchaus gleichgültig, wann der Makler seine Tätigkeit begonnen hat oder wann er sie beendet hat, wenn nur der eingetretene Erfolg nach den Regeln der Erfahrung als auf die Tätigkeit des Maklers zurückführbar erscheint. 221) Wenn also die Parteien sich schon in manchen Punkten geeinigt haben, aber die Meinungen in wichtigen Dingen noch divergieren, so ist für die Vermittlertätigkeit des Maklers durchaus noch Raum. Und andererseits ist es nicht nötig, daß der Makler bis zum Vertragsabschluß oder selbst bei diesem noch tätig ist, wenn er nur die Parteien einander soweit näher gebracht hat, daß sie nunmehr auf seine Mitwirkung verzichten können. Aber die Provision ist jedenfalls dann nicht verdient, wenn der Makler von einer weiteren von ihm verlangten Tätigkeit, die den Vertragsabschluß alsbald herbeizuführen geeignet ist, absteht und somit den Auftraggeber zwingt, sich noch an einen zweiten Makler zu wenden, der den Vertrag dem Willen der Parteien gemäß abzuschließen bereit ist. 222) Hier hat nur der zweite Makler Anspruch auf den Lohn.

Sehr häufig kommt es vor, daß die Vertragsparteien, die durch die Vermittlertätigkeit des Maklers einander näher gebracht sind, nach vergeblichen Verhandeln zunächst nicht einig werden und von dem Vertragsschluß Abstand nehmen, nach kurzer oder längerer Zeit aber schließlich doch den Vertrag miteinander abschließen. Dann kann die erste Tätigkeit des Maklers doch für den Abschluß kausal sein, sei es, daß die Parteien persönlich miteinander verhandeln oder daß eine an-

218) D.J.Z. 1911 S. 995 (Breit).

219) Warneмeyer 1912 Nr. 279, R.G.St. Band 19 S. 145, vgl. auch das Beispiel bei Enneccerus S. 32: A und B erschießen den C gleichzeitig. Beide Handlungen sind kausal.

220) R.G. in Soergel 1926 S. 167.

221) Kuhne S. 27, Jacusiel S. 105/6, Heymann S. 423.

222) R.G. in J.W. 1913 S. 685, Seuff. Archiv Band 69 S. 96.

dere Person die weitere Vermittlung übernimmt. 223) Waren die Vorbereitungshandlungen des Maklers soweit gediehen, daß sie, sofern der Vertrag ohne Unterbrechung der Verhandlungen in deren Verlauf zustande gekommen wäre, als verursachend hätten angesehen werden müssen, so macht es keinen Unterschied, daß der Vertrag erst nach einer stattgefundenen Unterbrechung in einer scheinbar neuen Verhandlung geschlossen wird. 224) In solchen Fällen kommt es immer darauf an, ob die neue Annäherung der Parteien auf Grund der Tätigkeit des Maklers erfolgt, oder ob sie etwa ganz unabhängig davon von einem zweiten Makler vermittelt wird, der von den ersten Verhandlungen nichts wußte. Wenn der lohnversprechende Auftraggeber selbst oder die Gegenpartei ohne besonderen Anlaß die Verhandlungen wieder aufnehmen, dann wird man bis zum Beweise des Gegenteils anzunehmen haben, daß die Tätigkeit des Maklers für den Vertragsschluß kausal war, und daß dem Makler daher sein Lohn zusteht. 225)

Oft geschieht es auch, daß die Parteien den Makler, nachdem dieser den Vertragsgegner ausfindig und vertragsbereit gemacht hat, absichtlich beiseite schieben und nun in direkter weiterer Verhandlung abschließen, um damit die Maklerprovision zu sparen. 226) Dadurch kann der Makler um die Früchte seiner Arbeit nicht gebracht werden. Ist also der Abschluß des Vertrages durch die Vermittlungstätigkeit des Maklers verursacht oder mitverursacht, so hat der Makler seinen Lohn damit verdient. Man trug Bedenken, diesen Grundsatz auch im Gesetz auszusprechen; in den Motiven 227) heißt es dazu: „Es wird in einem solchen Falle unter Berücksichtigung der Gesamtheit der Umstände zu prüfen sein, ob nicht ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des Maklers und dem Abschlusse des Vertrages dennoch besteht, bezw. mit Rücksicht auf Treu und Glauben die Verpflichtung zur Zahlung der Maklergebühr als im Sinne des Vertrages liegend anzusehen ist." War die Tätigkeit des Maklers aber noch nicht soweit gediehen, daß von ihrer Kausalität für den Abschluß des Vertrages gesprochen werden kann, so hat der Auftraggeber zur Umgehung des Maklers durchaus ein Recht. Denn es ist dann eben nicht mehr und nicht weniger als der Widerruf des dem Makler erteilten Auftrages, der ihm, wie wir schon oben (S. 18) gezeigt haben, jederzeit freisteht.

Daß dieser Widerruf des Maklervertrages stillschweigend erfolgt, ist ohne Bedeutung. Mangels Kausalität seiner Tätigkeit hat der Makler also in solchem Falle keinen Lohnanspruch.

Bestreitet der Auftraggeber den ursächlichen Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des Maklers und dem Abschlusse des Hauptvertrages,

223) R. G. in J. W. 1900 S. 861, 1901 S. 90.

224) Baser S. 23 f.

225) R. G. in D. J. Z. 1906 S. 1148.

226) Reichel S. 202 ff., Riesenfeld Band 37 S. 540, Staudinger III 5d zu § 652 B.G.B., Planck 3e zu § 652 B.G.B., R.G. in J. W. 1907 S. 264, Gruchot Band 64, S. 724.

227) II S. 513.

so hat der Makler dieses zu beweisen. Allerdings wird man an diesen Beweis nicht allzu strenge Anforderungen stellen dürfen. Jedoch ist nicht schon beim Vermittlungsmakler der Kausalzusammenhang zu vermuten, wenn einerseits feststeht,, daß der Makler tätig war, andererseits aber der Vertrag abgeschlossen ist. Dies wäre eine unbegründete Umkehrung der Beweislast. 228) Wenn aber der Makler nachweist, daß er eine Tätigkeit entwickelt hat, „die die objektive Möglichkeit des Vertragsschlusses in nicht unerheblicher Weise erhöht", so erläßt ihm das R. G. den weiteren Beweis der Kausalität. Es hält dann vielmehr vorbehaltlich des Gegenbeweises den Kausalzusammenhang für erwiesen, 229) denn die Vermutung spricht bei solcher Sachlage dafür. Der Makler muß also dartun, daß der Vertrag im Anschluß an seine Tätigkeit geschlossen ist, ein besonderer Beweis dafür, daß der Vertrag gerade infolge seiner Tätigkeit abgeschlossen ist, kann dagegen nicht verlangt werden. 230)

Für den Nachweismakler muß es dagegen schon als genügender Beweis angesehen werden, wenn er dartut, daß er die Gelegenheit zum Abschluß des Vertrages nachgewiesen hat und daß später der Vertrag, zu dessen Abschluß er die Gelegenheit nachwies, wirklich geschlossen ist. Der Auftraggeber mag dann beweisen, daß der Vertragsschluß nicht auf die Nachweisung des Maklers zurückzuführen ist und daß ihm im besonderen die Abschlußgelegenheit oder der Vertragskontrahent schon bekannt war, als der Makler ihm hiervon Mitteilung machte. 231)) Auch bei längerer Unterbrechung der vorbereitenden Verhandlungen erfährt diese Beweislastregelung keine Aenderung. 232)

Das in diesem Abschnitt Vorgetragene hat, wie schon erwähnt, nur dispositiven Charakter. Das Erfordernis der Kausalität kann also im Wege freier Vereinbarung wegbedungen werden.

Dies kann vor allem beim Maklervertrag mit Unwiderruflichkeitsklausel der Fall sein. Es ist auf die oben (S. 18 ff.) gemachten Ausführungen zu verweisen, wonach die Unwiderruflichkeitsklausel oft die Bedeutung hat, daß der Auftraggeber zwar selbst abschließen kann, daß er aber auf jeden Fall dem Makler die Provision zahlen muß, selbst wenn feststeht, daß seine Tätigkeit sich in ganz anderer Richtung bewegte und für den Abschluß des Vertrages in keiner Weise kausal war.

---

228) Jacusiel S. 109, Rosner S. 27, a. A. Staub Vorbem. 31 vor § 93 H.C.B.

229) Kuhlenbeck in J. W. 1907 S. 34, Planck 3b zu § 652 B.G.B., Jacusiel S. 109, O.L.G. Rostock in D. Imm. Z. 1929 S: 299.

230) Planck 3b zu § 652 B.G.B.

231) Jacusiel S. 109 f.

232) Urteil des R. G. vom 5. 11. 29. (II 110/29) mitgeteilt in der Vossischen Zeitung v. 12. 12. 29.

Es ist allerdings immer zu beachten, daß die besagte Vereinbarung eine nicht unerhebliche Belastung des Auftraggebers bedeutet, daß sie daher ungewöhnlich ist, sodaß man ihr Vorliegen nur da annehmen darf, wo dies ausdrücklich gesagt und mit dem Sinn und Zweck des Vertrages vereinbar ist. 233) Eine solche Vereinbarung ist dann nicht sittenwidrig.

Die Abrede enthält auch kein Schenkungsversprechen und ist daher formlos gültig, 234) gleichgültig, ob die Zusage bei Abschluß des Maklervertrages oder erst später, nach Abschluß der Vermittlertätigkeit gemacht wird, da für eine Leistung auch nachträglich ein Lohn vereinbart werden kann. 235) Dies ist unzweifelhaft in den Fällen, in denen der Makler wirklich tätig geworden ist. Denn dort bekommt er die Provision als Gegenleistung für seine, wenn auch für den Abschluß erfolglose Tätigkeit. Aber auch, wenn der Makler noch gar nicht tätig werden konnte, so wird man die Provision als Entgelt für seine Bereitschaft zur Tätigkeit aufzufassen haben. 236) Oft kann der Makler gar keine andere Tätigkeit entwickeln als das aufgetragene Geschäft immer im Auge zu behalten und abzuwarten. Ein Beispiel: A weiß, daß B sein Haus in kurzem verkaufen will. In der Annahme, daß B einen höheren Preis verlangen wird, wenn A an ihn herantritt, beauftragt er den M aufzupassen, daß B das Haus nicht anderweitig verkauft, selbst aber an B nicht mit einem Angebot heranzutreten. Der Auftrag wird dem M unter Provisionsgarantie auf ein halbes Jahr unwiderruflich gegeben. Schließt nun A ab, weil B wider Erwarten an ihn selbst herantrat, so hat M den Lohn verdient.

Dies Resultat ist auch durch die allgemeinen Geschäftsunkosten, die ein ordnungsmäßig eingerichtetes Maklerbüro erfordert, gerechtfertigt.

233) Jacusiel S. 104, O.L.G. Band 14, S. 30.

234) J. W. 1926 S. 2098.

235) Vgl. Zeiler in Z. f. R. in Bayern 1908 S. 395 ff.

236) R. G. in L. Z. 1926 S. 390, a. A. Reichel S. 225/26.

§ 9. Die Kenntnis des Auftraggebers von der Vermittlungstätigkeit des Maklers.

Die Rechtsprechung und die überwiegende Zahl der Schriftsteller verlangen als weitere Voraussetzung für den Lohnanspruch des Maklers die Kenntnis des Auftraggebers davon, daß der Makler gerade für den abgeschossenen Vertrag tätig gewesen ist.

Daß diese Tätigkeit für den Vertragsschluß kausal war, braucht der Auftraggeber nicht auch zu wissen. Darüber sind sich Literatur und Rechtsprechung einig. Zur Begründung dieser Ansicht hat das R.G. 237) ausgeführt, daß die Frage des ursächlichen Zusammenhangs nicht nur vielfach tatsächlich zweifelhaft sei, sondern auch eine Reihe rechtlicher Schwierigkeiten in sich berge. Wenn man also den Anspruch des Maklers davon abhängig machen wollte, ob der Auftraggeber seiner Tätigkeit eine ursächliche Bedeutung für den Kaufabschluß beigelegt habe und ob er dieser Bedeutung sich bewußt gewesen sei, so würde das Maß der Sorgfalt und der Einsicht, womit der Auftraggeber die Tätigkeit des Maklers würdige, ja sogar die Auffassung des Auftraggebers von dem Wesen des ursächlichen Zusammenhangs darüber entscheiden, ob dem Makler der versprochene Lohn zufalle oder nicht.

Es genügt also nach h. M., daß dem Auftraggeber die Tatsachen bekannt waren, in welchen sich die Herbeiführung des Erfolges durch die Tätigkeit des Maklers offenbart hat. 238)

Dieses Erfordernis, das nicht unmittelbar aus dem Gesetz zu entnehmen ist, soll sich aus dem Wesen des Maklervertrages und aus der Bedeutung ergeben, die das Versprechen eines Maklerlohnes für die Gestaltung des Vertrages mit dem Dritten in der Regel hat. 239) Das R. G. 240) begründet seine Ansicht eingehend wie folgt:

„Bei sonstigen Verträgen über Handlungen ist allerdings der Anspruch auf die bedungene Vergütung für begründet zu erachten, so-

237) R. G. Band 83 S. 34.

238) Planck 3d zu § 652 B.G.B., Staudinger III 1f zu § 652 B.G.B., Enneccerus S. 466, Jacusiel S. 110 ff. und in L. Z. 1914 S. 745 (gegen Reichel), Doerr S. 634 R. G. in J. W. 1906 S. 741, 1907 S. 744, L. Z: 1925 S. 1070, Soergel 1928 S. 136, O.L.G. Rostock in Seuff. Archiv Band 78 S. 32, O.L.G. Marienwerder in Seuff. Archiv Band 57 S. 9.

239) Planck 3d zu § 652 B.G.B.

240) R. G. Band 31 S. 289, vgl. auch Seuff. Archiv Band 30 S. 27.

bald die übernommenen Handlungen geleistet sind, ohne daß es darauf ankommt, daß der andere Kontrahent die geleisteten Handlungen angenommen hat, und ob die Annahme mit dem Bewußtsein, es werde durch die Handlungen der Vertrag erfüllt, erfolgt ist. (R. G. in Gruchot Band 35 S. 915). Allein dieser Grundsatz findet auf den Maklervertrag keine Anwendung. Der Anspruch auf Maklerlohn setzt nicht bloß die Vermittlungstätigkeit des Maklers, sondern außerdem einen vom Willen des Maklers unabhängigen Umstand, das Zustandekommen des zu vermittelnden Geschäftes voraus. Dem Ermessen des Auftraggebers bleibt es also überlassen, ob er die vom Makler geleisteten Dienste annehmen will oder nicht. Von einer Annahme wird aber nur da die Rede sein können, wo der Auftraggeber bei dem Geschäftsabschlusse von der vorausgegangenen Vermittlertätigkeit Kenntnis gehabt hat."

Das R. G. führt dann weiter aus, daß die Kenntnis von der Vermittlertätigkeit auf die Preisbildung von wesentlichem Einfluß sei, und stellt sich in der Folge 241) auf den Standpunkt, daß dieser letztere Gesichtspunkt für die Entscheidung leitend sei. Es hat daher die Maklerprovision zugesprochen, obwohl der Auftraggeber von der Vermittlertätigkeit des Maklers keine Kenntnis hatte, weil festgestellt war, daß der Auftraggeber das Gut zum gleichen Preise verkauft hat, zu dem er es auch verkauft haben würde, wenn er dem Makler noch eine Provision davon hätte zahlen müssen. „Damit" — so führt das R. G. 242) aus — „war aber das materielle Interesse, das der Beklagte an der vorgängigen Kenntnis der Vermittlertätigkeit des Klägers in der Richtung hatte, das der Verkaufspreis entsprechend höher berechnet werden konnte, jedenfalls gewahrt und gerade dies hat jene Rechtsprechung im Auge." Konsequenter Weise verlangt Planck 243) auch dann keine Kenntnis, wenn die Provision so gering war, daß sie bei der Preisbemessung vom Standpunkte des Auftraggebers aus gar keine Rolle spielte, wie etwa, wenn eine Herrschaft einen Dienstboten einstellen will.

Hier ist also von einer Annahme der dem Makler geleisteten Dienste gar nicht mehr die Rede, sondern ausschlaggebend ist nur das materielle Interesse des Auftraggebers, das er an der Einberechnung der Provision in den Preis hat. Des weiteren hat dann das R.G. erklärt, 244) daß es nicht darauf ankomme. ob der Auftraggeber von der Vermittlertätigkeit des Maklers auch wirklich überzeugt gewesen sei oder ob er die Einzelheiten der Vermittlungstätigkeit gekannt habe, sondern es genüge die Mitteilung an den Auftraggeber, daß der Makler tätig gewesen sei, und das aus der Mitteilung folgende Bewußtsein des Auf-

241) R. G. Band 68 S. 195 ff., R. G. in L. Z. 1914 S. 1200.

242) R. G. Band 68 S. 195; Jacusiel (S. 111) will auch in solchem Falle von dem Erfordernis der „Annahme" nicht absehen und daher den Makler hier leer ausgehen lassen.

243) a. a. O. IIId zu § 652 B.G.B.

244) R. G. Band 83 S. 34, R. G. in J. W. 1907 S. 744, 1922 S: 164 (Titze)

traggebers, daß die Mitteilung richtig sein könne. Der Auftraggeber müsse sich dann eventl. über die Richtigkeit der Mitteilung informieren.

Daraus dürfte schon hervorgehen, daß es um die Begründung dieser Ansicht überhaupt schlecht bestellt ist.

Es kommt doch beim Maklervertrag auf die „Annahme" der Dienste des Maklers ebenso wenig an, wie bei anderen Verträgen auch. Für solche Unterscheidung fehlt es an einem Anhalt im Gesetz. 245) Gewiß kann der Auftraggeber den Konsens zu dem vorgeschlagenen Geschäft verweigern und verweigert damit gleichzeitig die Annahme der Maklerdienste. Das Zweite ist aber eine Folge des Ersten. Der Auftraggeber kann nicht etwa den Hauptvertrag abschließen und die Maklerdienste gleichzeitig zurückweisen. Eins folgt aus dem andern, und weil es sich hier gar nicht um einen freien Willensakt handelt, kann man auch nicht von einer „Annahme" sprechen. Man mag dies mit Reichel 246) so ausdrücken, daß, wer das Ergebnis einer Handlung vorbehaltlos billige, eben damit auch die Handlung selbst billige, er möge sie kennen oder nicht. Jedenfalls geht auch daraus, daß das R. G. eine Annahme der Maklerdienste in gewissen Fällen nicht verlangt, hervor, daß diese Ueberlegung nicht ausschlaggebend sein kann.

Ausschlaggebend soll daher der Gesichtspunkt des materiellen Interesses des Auftraggebers sein, d. h. die Bedeutung, die das Versprechen des Maklerlohnes für die Gestaltung des Hauptvertrages in der Regel hat. Aber ist denn das materielle Interesse des Auftraggers wirklich so bedeutend, daß es eine solche aus dem Gesetz nicht hervorgehende Schlechterstellung des Maklers gegenüber dem Auftraggeber rechtfertigt?

Im allgemeinen wird man doch sagen müssen, daß der Auftraggeber, der den Makler mit der Vermittlung eines Geschäftes beauftragt, auch damit rechnen muß, daß der abschlußbereite Dritte, der sich an ihn wendet, vom Makler geschickt ist. 247) Daran ändert es nichts, wenn er auch auf anderem Wege, etwa durch Zeitungsanzeigen usw. Vertragskontrahenten sucht. Denn damit verschlechtert er ja ohnehin die Stellung des Maklers, weil für diesen die Gefahr, daß ein Vertrag ohne seine Vermittlung zustande kommt und er um seine Provision gebracht wird, größer ist. Gelingt es ihm dann gleichwohl, den geeignetsten Vertragskontrahenten heranzubringen, so darf er nicht dann auch noch seiner Provision verlustig gehen, nur weil er dem Auftraggeber den Dritten nicht rechtzeitig genannt hat.

Zwar wird ein vorsichtiger Makler den Auftraggeber von jeder Vermittlertätigkeit sofort in Kenntnis setzen; umso unbilliger aber ist das Ergebnis, wenn dies im einzelnen Falle nicht geschehen ist. Auch der Käufer wird meistens sagen, von wem er geschickt ist, bezw. wie er von

245) Oertmann 2a zu § 652 B.G.B., Heymann S. 424 Anmerk. 106, Gierke S. 716, Baaser S. 35.

246) a. a. O. S. 195.

247) Gierke S. 716.

der Vertragsbereitschaft des Auftraggebers erfahren hat. Sagt er dies ohne weiteres nicht, so wird man dem Auftraggeber zum mindesten eine Fragepflicht auferlegen müssen. Wenn dann der Dritte der Wahrheit zuwider erklärt, daß er nicht durch den Makler aufmerksam gemacht sei, weil er hofft, so einen günstigeren Preis zu erzielen, so wird der Auftraggeber meistens einen vertraglichen, auf positive Vertragsverletzung oder culpa in contrahendo gestützten Anspruch gegen den Dritten haben oder aber einen Anspruch nach § 826 B.G.B., wenn er — der Auftraggeber — in der Tat günstigere Bedingungen gestellt hat. 248) Die h. M. will in solchen Fällen dem Makler einen Anspruch auf Schadenersatz, d. h. auf Zahlung der Provision gegen den Dritten geben. 249) Nach unserer Meinung, nach der der Auftraggeber die Provision auch bezahlen muß, wenn er von der Tätigkeit nichts wußte, ist dieser Anspruch natürlich nicht begründet; er ist aber auch für den Makler nicht in gleichem Maße wertvoll und praktisch wie für den Auftraggeber, der seine Ansprüche, da er ja doch einmal mit dem Dritten in einem Vertragsverhältnis steht, leichter geltend machen kann.

Reichel, 250) der auch grundsätzlich die Kenntnis des Auftraggebers nicht für erforderlich erklärt, will dem Makler eine Anzeigepflicht aufbürden und ihm, wenn er dieser nicht nachgekommen ist, den Lohnanspruch versagen. Die Schwierigkeiten entstehen aber meist gerade da, wo der Makler dem Auftraggeber versehentlich oder aus sonstigen Gründen keine Mitteilung gemacht hat. Es ist nicht einzusehen, warum dem Makler, der ohnedies so sehr auf der Hut sein muß, um seinen Lohn zu bekommen, auch diese Pflicht noch auferlegt werden soll, während es doch viel einfacher und naheliegender ist, dem Auftraggeber anheim zu geben, sich bei seinem Vertragskontrahenten zu erkundigen.

Es wird auch eine Menge von Fällen geben, in denen es offenbar unbillig ist, dem Makler seinen Lohn zu versagen. Man denke etwa an folgenden Fall: A, der als sehr reich bekannt ist, will die Villa des B kaufen und beauftragt u. a. auch den M mit der Vermittlung, legt diesem aber auf, dem B seinen — des A — Namen nicht zu nennen. M bearbeitet den B, holt günstigste Bedingungen heraus, während der B den Namen des A zufällig erfährt, und mit ihm abschließt, ohne von der Tätigkeit des A zu erzählen. Es ist auch denkbar, daß es sich nicht nur um einen bestimmten B, sondern um einen größeren Kreis von Interessenten handelt. Oder man überlege sich dies: M hat den B intensiv bearbeitet, er fährt nach Hause und ehe er A davon benachrichtigen konnte, schließt B mit A telefonisch ab. Soll dann der Makler leer ausgehen? Das würde sich mit den Grundsätzen von Treu und Glauben doch wirklich nicht vereinbaren lassen.

Nun wird aber besonderer Wert auf die Erwägung gelegt, der Auftraggeber müsse die Maklerprovision in den Preis einkalkulieren

---

248) Oertmann 2a zu § 652 B.G.B.

249) O.L.G. Dresden in Seuff. Archiv Band 62 S. 273.

250) a. a. O. S. 193 ff.

können, da es ungerecht sei, ihn selbst die Maklerprovision tragen zu lassen.

Diese Erwägung richtet sich wirtschaftlich schon an sich gegen den Makler. Eben diese Ueberlegung bringt es ja auch mit sich, daß soviele von einer Maklertätigkeit nichts wissen wollen, weil sie glauben, sie müßten, was sie kaufen viel teurer bezahlen, und was sie verkaufen, viel billiger abgeben, als wenn sie sich einer Vermittlung nicht bedienen würden. Idealer Weise aber sollte es doch so sein, daß Käufer und Verkäufer die Maklerprovision bei der Preisstellung vollkommen außer Acht lassen. Nur so könnten die Parteien zu dem Makler Vertrauen fassen und nicht glauben, sie würden übervorteilt, nur weil ein Makler vermittele, während sie doch die Provision als billiges Entgelt für manche Vorzüge, wie sachkundige Beratung, große Auswahl geeigneter Objekte usw. betrachten sollten. 257)

In der Tat macht doch auch die Provision meistens kaum mehr aus als die Provision eines Handlungsreisenden. Und es wird doch niemand auf den Gedanken kommen, daß er bei schriftlicher Bestellung bei dem Lieferanten direkt billiger kaufe als bei dem Reisenden. Jeder Kaufmann kann das Gegenteil mit mannigfachen Beispielen aus seiner Erfahrung belegen.

Die Provision des Maklers bewegt sich üblicher Weise zwischen einem Satz von 1—3 Prozent. Das ist nicht mehr, als die Parteien meistens an Steuern für das Geschäft bezahlen müssen. Ist aber die Provision übermäßig hoch, so mag dem Auftraggeber der Maklervertrag wichtig genug sein, daß er ihn im Auge behält und sich bei dem vertragsbereiten Dritten nach der Vermittlung des Maklers erkundigt. Hat er dann auf Grund der unwahren Auskunft des Dritten einen ungünstigeren Abschluß gemacht, so mag er Schadenersatzansprüche gegen den Dritten geltend machen, um dem Lohnanspruch des Maklers ohne eigenen Schaden gerecht zu werden.

Man könnte aber einwenden, selbst bei niedriger Provision müsse der Auftraggeber, wenn unsere Ansicht richtig sei, gewärtigen, daß auf ihn eine Menge Makler einstürmen würden, mit der Behauptung, sie hätten vermittelt und der Auftraggeber müsse dann eventl. einem jeden eine Provision zahlen und eine Kette langwieriger Prozesse sei die Folge.

Dazu ist folgendes zu sagen: Einmal ist es für den Makler durchaus leicht, den Auftraggeber jedesmal vor seiner Vermittlung von seiner Tätigkeit und der Person des Dritten in Kenntnis zu setzen, aber die Lage wäre für den Auftraggeber nach Abschluß des Hauptvertrages die gleiche wie oben geschildert. Alle Makler würden, nachdem sie dem Auftraggeber von ihrer Vermittlertätigkeit zuvor prompt Kenntnis gegeben haben, behaupten, ihre Tätigkeit sei ursächlich gewesen, und der Makler müßte auch dann wissen, wem er zu zahlen habe. Dann aber erscheint es auch ungerecht, die Schwierigkeit, die sich aus

251) Vgl. hierzu den interessanten Fall in D. Imm. Z. 1929 S. 67.

der Bestellung mehrerer Makler ergibt, den Makler tragen zu lassen, während es doch näher liegen dürfte, es dem Auftraggeber zu überlassen, wie er hier einen Ausweg findet.

Wenn mehrere Makler bestellt sind, so liegt in der Tat die Sachlage auch gar nicht so schwierig. Hier sind folgende Möglichkeiten denkbar:

Zunächst können einmal mehrere Makler in der Form tätig sein, daß der allein beauftragte Makler sich einen Gehilfen sucht, den Untermakler (Zwischenmakler) 252). Dazu hat er durchaus die Berechtigung, es sei denn, daß aus dem Inhalte und Zweck des Vertrages das Gegenteil hervorgeht. Vermittelt der Untermakler, so haftet ihm nicht der Auftraggeber, sondern nur der Hauptmakler. Der Auftraggeber ist nur dem Hauptmakler zur Zahlung der Provision verpflichtet, wovon dann der Hauptmakler den von ihm zugezogenen Vermittler wiederum entlohnen muß. Das Verhältnis zwischen Haupt- und Untermakler ist im B.G.B. nicht geregelt, jedoch wird man darauf die Regeln über das Vertragsverhältnis von Auftraggeber zum Hauptmakler im großen und ganzen analog anwenden 253) können. Was die Verteilung der verdienten Provision betrifft, so kommt es hier natürlich in erster Linie auf die vertragliche Vereinbarung an, mangels solcher entscheidet § 653 B.G.B. Als Handelsbrauch für Grundstücksverkäufe in Berlin ist z. B. festgestellt, daß der Untermakler die Hälfte der verdienten Provision erhält. Wir sehen also, daß der Auftraggeber die Provision nur einmal, und zwar an den Hauptmakler zu zahlen braucht. 254)

Häufig kommt es auch vor, daß jede der beiden Vertragsparteien sich einen Makler verpflichtet. Wie steht es dann mit dem Lohnanspruch dieser beiden Makler? Nach B.G.B. ist es grundsätzlich so, daß jeder Makler seine Ansprüche an seinen Auftraggeber zu stellen hat. Wenn also jede Partei sich eines Maklers bedient hat, so wird auch jede Partei ihren Makler zu entlohnen haben, also jeder Auftraggeber müßte solchen Falls den Lohn bezahlen. Nach § 99 H.G.B ist jedoch der Maklerlohn, wenn darüber nichts vereinbart ist, abgesehen von einem abweichenden Ortsgebrauch von jeder Partei zur Hälfte zu entrichten. Es müßten also, wenn zwei Makler gebraucht sind, beide Provisionen zusammen gezogen werden und jede Partei die Hälfte der so errechneten Summe tragen. Jedoch ist bei alledem besondere Beachtung der Verkehrssitte und dem Handelsbrauch zuzuwenden. So gilt nach der herrschenden Verkehrssitte für Berlin, daß von zwei Maklern, welche in der Weise bei der Vermittlung einer hypothekarischen Beleihung tätig gewesen sind, daß der eine den Geldgeber, der andere den Geldnehmer nachgewiesen hat, in Ermangelung anderer Vereinbarung die Provision

252) Reichel S. 188 ff.

253) R. G. Band 88 S. 1 ff. und in J. W. 1929 S. 3497.

254) Mayer S. 39, Jacusiel S. 157 f. Planck 4a vor § 652 B.G.B. Heyman S. 472.

gleichmäßig geteilt wird. 255) Diese Verkehrssitte wird sich auch anderorts und in anderen Branchen gebildet haben. Außerdem ist zu beachten, daß die Zuziehung zweier Makler (Makler und Gegenmakler) immer seltener wird und fast abgekommen ist; 256) da man immer mehr dazu kommt, auch den Zivilmakler als unparteiischen Vermittler anzusehen, der, wie der Name sagt, vermitteln will und nicht einseitig die Interessen nur einer Partei wahrnimmt.

Weiterhin gibt es Fälle, in denen der Auftrag mehreren Maklern gemeinsam erteilt wird (Gesamtmakler). Diese mehreren Makler bilden dann eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, auf die die Vorschriften der §§ 705 ff. B.G.B. Anwendung finden. 257) Aus dem Maklervertrag sind also die gesellschaftlich verbundenen Makler berechtigt und verpflichtet. Sind die Voraussetzungen des Lohnanspruchs gegeben, so kann jeder der Makler Zahlung an alle verlangen. 258) Im Innenverhältnis ist dann § 722 B.G.B. anzuwenden, wonach im Zweifel allen Gesellschaftern ein gleicher Anteil am Gewinn zusteht.

Jedoch, die Fälle, die dem Auftraggeber besonders oft Sorge machen und in denen die Verpflichtung der mehrmaligen Provisionszahlung besonders naheliegt, sind dort gegeben, wo der Makler denselben Auftrag mehreren Eigenmaklern übergeben hat, die nun von einander nichts wissen und jeder für sich an der Erreichung des Zieles arbeiten. Ist der Hauptvertrag infolge der Tätigkeit nur eines der Makler geschlossen, so ist der Maklerlohn natürlich auch nur einmal fällig geworden. Nun ist es aber auch möglich, daß der Vertrag erst infolge des Zusammenwirkens der mehreren Makler zustande kam oder aber, daß zwar die Tätigkeit jedes einzelnen Maklers zum Vertragsabschlusse genügt hätte, jedoch auch nicht festzustellen ist, welche Tätigkeit die kausale gewesen ist, ob der Dritte also gerade durch diesen oder durch jenen Makler entscheidend beeinflußt worden ist.

Soviel ist zunächst sicher: Bei der Nachweismakelei ist für diese Zweifelsfragen kein Raum. Denn dort ist von mehreren Maklern immer derjenige und nur er allein der verdienstvolle, der den Dritten am ehesten benannt hat.

Wenn es sich jedoch um Vermittlungen handelt, so kann diese Frage von besonderer Schwierigkeit sein. Wir haben oben (S. 62 f) schon ausgeführt, daß an die Beweisführung des Maklers für das Vorliegen des Kausalzusammenhangs nicht allzu strenge Anforderungen gestellt werden dürfen, sondern daß es genügen muß, wenn der Makler eine Tätigkeit nachweist, die die objektive Möglichkeit des Vertragsschlusses in nicht unerheblicher Weise erhöht. Sind nun mehrere Makler vorhanden, die sämtlich auf den Vertragskontrahenten eingewirkt haben, so

255) Dove-Meyerstein I Nr. 148, Jacusiel S. 158, Meyerstein in Z.H.R. Band 77 S. 244.

256) Raff in D. Imm. Z. 1929 S. 364.

257) O.L.G. Band 20 S. 218, Band 22 S. 324.

258) Jacusiel S. 152 ff.

streitet die Vermutung für jeden dieser Makler, sofern sie nur Entsprechendes geleistet haben. Wird dann durch Urteil festgestellt, daß die Tätigkeit des ersten Maklers für den Abschluß des Hauptvertrages kausal gewesen sei, so ist nicht sicher, daß nicht schon bald darauf durch Urteil eines anderen Gerichts festgestellt wird, die Tätigkeit des zweiten Maklers habe den Vertragsschluß herbei geführt. Dem Dritten wird es oft gar nicht möglich sein, als Zeuge zu sagen, durch welchen Makler er nun eigentlich zum Vertragsschluß veranlaßt worden ist.

Man könnte die Auffassung vertreten, der Auftraggeber möge, wen er glaube, der Hilfe mehrerer Makler zu bedürfen, auch diese Makler sämtlich entlohnen. Aber das erscheint nicht billig.

Um hier zu einem billigen Ergebnis zu kommen, wird man daher der Ansicht Reichels 259) folgen müssen, wonach die beteiligten Makler Gesamtgläubiger sind, sodaß der Auftraggeber gemäß § 428 B.G.B. an jeden Makler nach seinem Belieben leisten kann. Dies ist die einfachste und gerechteste Lösung, da der Auftraggeber nicht zu sehr belastet wird, die Makler aber immerhin zufrieden sein können, wenn sie nur einen Teil der Provision erhalten. Unter den mehreren Maklern hat dann die Ausgleichung zu gleichen Teilen stattzufinden (§430 B.G.B.).

Aber nicht anders dürfte die Regelung in den Fällen sein, in denen eine kumulative Förderung des Vertragszwecks in der Gestalt stattgefunden hat, daß zwar die Tätigkeit eines jeden Maklers für den Abschluß kausal war, — sie braucht, wie wir oben gezeigt haben, ja nur mitverursachend zu sein — daß jedoch erst das Zusammentreffen der mehreren Vermittlungen das gewünschte Ergebnis herbeizuführen im Stande war, daß also erst „die addierte Bemühung aller den Erfolg der Abschlußbereitschaft herbeiführt." 260) Auch hier sind die Makler Gesamtgläubiger und auch hier greift die Regel des § 428 B.G.B. Platz, wobei man allerdings dem Auftraggeber nach Treu und Glauben die Pflicht auferlegen dürfte, unter den mehreren Maklern an denjenigen auszuzahlen, der offensichtlich oder nach seiner — des Auftraggebers — wohl überlegten Ueberzeugung, das Meiste im Interesse des Vertragsschlusses geleistet hat. 261)

Dies hat das O.L.G. Hamburg ausdrücklich in seinem Urteil 262) ausgesprochen: „Ist der Vertrag durch die Tätigkeit mehrerer, selbständig nebeneinander arbeitenden Makler zustande gekommen, so ist die

---

259) a. a. O. 182, a. A. Mayer S: 39, Heymann S 471.

260) Reichel S. 183.

261) Vgl. Heymann S. 471, der jedoch § 420 B.G.B. anwenden will, sodaß der Provisionspflichtige an jeden der mitwirkenden Makler den entsprechenden Anteil auszahlen müßte. Jedoch kann man es dem Auftraggeber nicht überlassen, den Lohn nach seiner Ueberzeugung zu verteilen. Oft wird ihm dies auch gar nicht möglich sein.

262) Soergel 1928 S. 108.

Maklerprovision unter den Maklern zu teilen. Der Auftraggeber braucht die Provision nur einmal zu zahlen." 263)

Wir kommen also zu dem allerdings keineswegs unbestrittenen Ergebnis, daß der Auftraggeber fast in jedem Falle die Maklerprovision nur einmal zu zahlen braucht. Aber selbst, wenn dies nicht richtig wäre, so würde daraus das Erfordernis der Kenntnis von der Tätigkeit des Maklers noch nicht hergeleitet werden können. Denn, selbst wenn alle Makler dem Auftraggeber den Dritten aufgegeben und von ihrer Vermittlung Mitteilung gemacht hätten, so wäre, wie schon oben (S. 107) erwähnt, die Prüfung, wer nun den Lohn verdient habe, oftmals gleich schwer, vor allem wenn man bedenkt, daß diese Mitteilungen zeitlich von dem Vertragsschluß sehr weit getrennt sein können.

Nur dann, wenn der Makler den Auftraggeber über seine Tätigkeit schuldhaft irre führte, weil er etwa glaubt, daß der Vertragsschluß an der Höhe der Maklerprovision scheitern könne, sodaß der Auftraggeber die Maklerprovision bei der Berechnung des Preises gar nicht in Betracht ziehen konnte, dürfte eine Schadenersatzforderung gegen den Makler bestehen, die mit dem Anspruch auf Lohn kompensiert werden kann. Dies ist z. B. dann der Fall, wenn der Makler auf die Nachfrage des Auftraggebers nach seiner Mitwirkung der Wahrheit zuwider behauptet, er habe den Vertrag nicht vermittelt, um dann später doch mit einer Provisionsforderung hervorzutreten. Dann hat nämlich der Makler selbst dolos gehandelt und seiner Provisionsforderung wird mit Erfolg der Schadenersatzanspuch des Auftraggebers entgegenzuhalten sein.

263) Dagegen nimmt L. G. Essen (D. Imm. Z. 1928 S. 115) in solchen Fällen doppelte Zahlungspflicht an.

R D M
Landesverband
bayer. Immobilienmakler
e. V

Anlage A 1)

Auftrag.

Unterzeichneter .....

beauftragt .....

mit der Veräußerung .....

und verpflichtet sich, aus dem erzielten Gesamterlös eine Gebühr von .....

bei notarieller Verbriefung in bar zu bezahlen, wenn entweder durch Vermittlung des Beauftragten oder infolge direkter wie indirekter Zuweisung eines während der Vertragsdauer benannten Reflektanten oder mit einem Verkaufsberechtigten ein Abschluß erfolgt.

Der Auftrag gilt ab heute auf die Dauer eines Jahres.

Sollte während dieser festgesetzten Zeit das Objekt ganz oder teilweise anderweitig veräußert oder der Auftrag zurückgezogen werden oder sich sonstwie erledigen, so zahlt Unterzeichneter für Honorarverlust eine Entschädigung von

.....

Für Bearbeitung des Auftrages (Inseration, Reise- und Geschäftsspesen usw.) vergütet der Auftraggeber RM .....

am ..... zahlbar und wird dieser Betrag sowohl von der Abschlußgebühr, als auch von der Entschädigung wieder in Abzug gebracht.

Von einer erfolgten Veräußerung hat der Auftraggeber sofort Mitteilung zu machen, er haftet andernfalls für die durch die Unterlassung entstehenden Unkosten.

Eine vom Käufer zu zahlende Nachweisgebühr berührt diesen Auftrag nicht.

Gerichtsstand ist .....

Mündliche Nebenabreden sind ungültig.

Eine Abschrift dieses Auftrages hat Unterzeichneter erhalten.

....., den ..... 19.....

.....

1) Anlage A stellt ein Auftragsformular dar, das vom Landesverband bayer. Immobilienmakler e. V. für Verkaufsaufträge entworfen ist, während die Anlage B (folgende Seite) von den Käufern unterzeichnet zu werden pflegt.

Die Formulare wurden vom Maklerbund Nürnberg freundlich überlassen.

Anlage B

Landesverband
bayer. Immobilien-Makler
e. V.

Verpflichtungsschein.

Hiermit verpflichte ich mich an die

Firma .....

eine Nachweisgebühr von 1 Prozent (1 v. Hundert) aus dem Gesamtkaufpreis bei der notariellen Verbriefung bezw. bei Vertragsabschluß in bar zu bezahlen, wenn ein mir von dieser Firma angebotenes Objekt durch mich oder durch dritte Personen, denen ich von dieser Abschlußgelegenheit direkt oder indirekt Kenntnis gegeben habe, käuflich erworben werden sollte. Bei Zustandekommen einer Vermietung bezw. Verpachtung oder eines Nutznießungsvertrages sind die entsprechenden Gebühren gemäß den Sätzen des Landesverbandes zu entrichten.

Erfüllungsort und Gerichtsstand für diese Verpflichtung ist .....

....., den .....19.....